

LUCIEN FRANÇOIS

Professeur ordinaire à la Faculté de Droit, d'Economie
et de Sciences sociales de Liège

Le problème de la définition du droit

Introduction à un cours
d'évolution de la philosophie du droit
à l'époque contemporaine

Cinquième tirage

Faculté de Droit, d'Economie
et de Sciences sociales de Liège

1978

La conviction qu'il est important de croire ceci ou cela, même si une libre recherche venait à détruire cette foi, est commune à presque toutes les religions et inspire tous les systèmes d'éducation étatiques. Il en résulte que l'esprit de la jeunesse est rabougri, plein de fanatisme et d'hostilité à la fois envers ceux qui sont la proie d'autres fanatismes et, de façon encore plus virulente, envers ceux qui s'opposent à tous les fanatismes. L'habitude de fonder les convictions sur des preuves, et de ne leur accorder de certitude que dans la mesure où elles sont garanties par des preuves, guérirait, si elle devenait générale, la plupart des maux dont souffre le monde.

Bertrand RUSSELL

Avant-propos

On n'ose imaginer à combien peu une bibliothèque de théorie du droit se réduirait sans les redites. Non seulement diverses doctrines se recourent sans cesse, ce qui est inévitable, mais un grand nombre d'auteurs parlent plus volontiers de ce que les autres ont dit des choses, que des choses elles-mêmes.

Les pages qui suivent ne reprennent pas l'exposé des doctrines. Celui-ci peut être réservé pour un cours oral que l'on complètera aisément, si l'on en sent le besoin, par des recherches personnelles. Notre seul propos est ici d'armer les étudiants de quelques concepts utiles pour pouvoir se mettre avec un profit réel à l'étude des textes et des systèmes. C'est que ceux-ci sont particulièrement malaisés à saisir, à situer les uns par rapport aux autres, parce que leur difficulté tient non seulement à celle de leur objet, mais à ceci encore que souvent, quoiqu'ils usent des mêmes mots, ils ne parlent guère la même langue.

C'est avant tout de la notion même de droit que nous voudrions inviter chacun à fixer nettement les contours dans son esprit. Plus tard sans doute, cette conception que nous allons proposer aura fait place à une image du droit toute différente, et peut-être non moins vraie. Il demeure toutefois utile, pour tout juriste, de construire sa propre représentation avant de prétendre en apprécier d'autres. Nous ne voulons ici fixer définitivement que le besoin d'en posséder une, et qui ait la précision, la clarté, la cohérence permettant seules de fécondes lectures. Seules : car on croit peut-être trop que les lectures nourrissent la réflexion. On ne s'avise pas assez que pour s'y adonner avec fruit, pour en saisir la portée, il faut avoir pris la peine d'arrêter d'abord et longuement sa pensée sur leur objet même, jusqu'à se rendre sensible aux allusions les plus furtives, et devenir capable de reconnaître chez les auteurs quelle difficulté chaque développement surmonte, telle transition contourne, plus d'un silence évite. Tel sera, et non les convictions provisoires auxquelles elle doit con-

duire, le meilleur effet de la réflexion personnelle que cette introduction veut provoquer.

Cela n'ira pas sans effort. L'expérience l'enseigne : nombre d'étudiants, même parmi les plus intelligents, bornent volontiers leurs idées générales à quelques formules vraiment trop approximatives. Ce n'est pas ici le lieu d'en chercher la raison : qu'ils suivent le conseil reçu de Méphistophélès par un des leurs, de s'en tenir aux mots (plutôt que de s'interroger sur leur sens) pour entrer plus sûrement au temple de la certitude, ou qu'ils obéissent à une autre inspiration (précipitation, préjugé, paresse intellectuelle, empire du sens commun, respect ou mépris systématiques des idées reçues, pouvoir déformant des aspirations sur la représentation du réel, manque d'inquiétude, que sait-on encore).

Nous voulons reconnaître, à la décharge de ces étudiants, qu'un tel état d'esprit ne leur est pas propre. Même, il faut le dire, l'éloquence parlementaire ou judiciaire offre, à côté de quelques très bons exemples, force discours, la littérature juridique maint traité, les débats de savants ou de « chercheurs » plus d'une communication, qui ne tranchent guère sur cet esprit si ce n'est par un surcroît d'assurance. Mais on aimerait, avant de voir un diplôme attester le savoir-faire des étudiants, que leur propre devienne précisément de réfléchir plus et mieux qu'il n'est coutume. Du reste, le désir que nombre d'entre eux expriment de changer la société ne leur commande-t-il pas, comme l'intérêt bien entendu de celle-ci, de commencer par prendre quelque avance sur elle ?

Ainsi qu'on vient de l'annoncer, ce qui suit n'est, pour l'essentiel, qu'un exercice de définition du droit. S'il paraît que des questions étrangères à cette définition s'y trouvent traitées, c'est parce qu'en dépit de l'apparence, elles tiennent d'une façon ou d'une autre au même problème : nous allons le vérifier à propos de questions aussi diverses que la nature des obligations, des droits et des libertés, les relations des ordres juridiques entre eux, la spécificité de l'Etat, les rôles des juristes, le fondement et la portée de l'interprétation, le rapport du droit aux sciences, la nature, l'importance et la classification des fictions, etc.

Or, on ne saurait avancer dans la définition du droit sans trancher d'abord plusieurs questions générales, lesquelles, à leur tour, en appellent d'autres. Toutes sont sujettes à discussion : quel intérêt la philosophie du droit présente-t-elle pour le juriste ? Quelle place la définition du droit occupe-t-elle dans cette philosophie ? Quelles options met-elle en jeu ? Quelle méthode suivre ? D'abord, quel point de départ adopter ? Et, avant tout, qu'est-ce même qu'une définition ? Pour beaucoup, celle du droit paraît aisée à entreprendre, et exprimée abstraitement presque inattaquable, *grosso modo* satisfaisante en tout cas. C'est à l'épreuve des applications particulières que les difficultés se déclarent. A chacune, on voit resurgir les questions et les doutes qu'on vient de dire, d'autant plus embarrassants qu'on s'en était moins soucie. Le mieux est de les rencontrer d'abord. Ce sont là de ces généralités préliminaires, apparemment inutiles et gratuites, où l'on craint de s'égarer, mais auxquelles on regrette plus tard de ne pas avoir accordé assez d'attention avant de s'engager dans une recherche ou un débat sur un problème juridique, à cause du temps qu'il faut perdre de ce fait en piétinements, répétitions et retours en arrière. Il est vrai cependant que, de prime abord, il est malaisé de deviner l'importance réelle de ces considérations. Car aussi longtemps que l'utilité d'une discussion générale ne nous apparaît pas à l'occasion d'une difficulté concrète, nous tendons presque invinciblement à juger cette discussion trop complexe, et nous supposons volontiers qu'il y a trop de complaisance à s'y livrer, même si cela n'est pas. De là que les dix premiers chapitres de cet ouvrage pourront sembler particulièrement difficiles à la première lecture (au demeurant, ils sont écrits pour être relus). Leur utilité ne peut se manifester entièrement, ni leur compréhension devenir aisée, que si l'on a pris connaissance de la suite. De même que l'utilité de l'ensemble de cette introduction ne pourrait apparaître pleinement qu'après d'autres études de droit.

Nous voudrions encore, avant de commencer, mettre en évidence une préoccupation qui déterminera l'esprit de cet ouvrage et ne va nullement de soi : notre seul souci est de démêler le vrai du faux. Partant, d'apprécier les opinions rencontrées en ne sacrifiant à aucun autre point de vue que celui où un tel souci nous place, si émouvant que soit l'objet de ces opinions, et juste ou haïssable leur inspiration. En

notre matière, on ne pourrait prévenir assez qu'on ne se laissera pas distraire par la considération de ce que les idées peuvent comporter d'inquiétant, de gênant, de flatteur, de rassurant ou de bienfaisant, en un mot par aucun opportunisme. On peut transposer pour la science du droit le mot de Michelet, que « le respect tue l'histoire ».

Dans ce cours, nous voudrions nous en tenir au seul jugement de valeur impliqué par l'attitude scientifique. Quelque importance que d'autres jugements de valeur aient pour nous, ils ne nous paraissent pas utiles à la connaissance du réel. Ils n'y font pas nécessairement tort non plus, à la condition qu'on sache qu'il s'agit de jugements de valeur, au lieu de les confondre avec des jugements de réalité. Ce qui empêche quelqu'un d'être lucide n'est souvent pas tant la force de son attachement à d'autres valeurs que la faiblesse de son souci de vérité : grâce à cette faiblesse, la tentation de se laisser aller à se représenter les faits, pour plus de commodité, d'une manière tendancieuse, sous l'influence de ces autres valeurs, l'emporte aisément. Or cette victoire implique que des jugements de valeur se soient transformés en jugements de réalité. Cette transformation ou ce déguisement de jugements de valeur n'est d'ailleurs pas seulement utile au confort intellectuel de celui qui l'opère : il y a là aussi pour lui un moyen de les imposer à autrui, consciemment ou non, subrepticement en tout cas. Ce n'est pas que nous reprochions à l'éducation des enfants d'imprimer valeurs et options par une sorte de dressage; mais lorsque l'âge de ces conditionnements est dépassé, l'esprit doit devenir rebelle à tout autre, et capable de remettre en question librement les convictions établies avant son indépendance, au lieu de les accepter ou de les rejeter par principe. Or, ne risquerait-on pas de fausser l'apprentissage d'une telle liberté en incorporant des jugements de valeur à la substance d'un cours ? Au niveau universitaire, il faut se faire une règle de ne rien enseigner d'indémontrable.

Ainsi le respect ou l'aversion que nous sentons à l'endroit de certaines causes recevront dans ces lignes aussi peu d'expression qu'il est possible. Encore moins pourront-ils prévaloir contre le souci de vérité. Par vérité, entendons ici la conformité de nos représentations au réel; ce n'est donc peut-être pas la même chose que la vérité des logiciens et des mathématiciens. Parmi les indices qui conduisent à soupçonner une non-conformité de nos informations à la réalité, l'incohérence de ces informations entre elles est ce qui incite sans doute le plus à

la vérification. Or on ne peut prétendre chercher la vérité si l'on ne se préoccupe pas de vérification. Les qualités d'expression que nous croyons devoir exiger des étudiants tiennent à ce même souci capital. En effet, pour vérifier si une idée est semblable à une autre, il faut essayer de les formuler de la même façon. Et pour vérifier si nous avons compris un propos, nous devons nous efforcer de le formuler en des termes différents de ceux dans lesquels il nous est tenu, pour examiner ensuite si ces deux versions ont bien le même sens, c'est-à-dire pourront être fidèlement traduites l'une par l'autre, et toutes les deux par une troisième. Tout cela demande en outre une précision extrême : l'à peu près est ennemi de la vérification et, comme le dit Sainte-Beuve, c'est en s'appliquant à écrire avec précision qu'on apprend à penser avec justesse. Pour beaucoup, c'est là le point faible. Alors que la rigueur est exigée sans discussion de tant de métiers, un grand nombre d'intellectuels se jugent dispensés de la cultiver. Il y aurait beaucoup à gagner, à cet égard, à assigner pour modèle, aux étudiants et aux chercheurs en sciences humaines, droit compris, ni plus ni moins que les bons artisans.

Objectera-t-on que cette vérité, dès lors que nous lui sacrifions toute autre considération, non seulement en devient pour nous une valeur, mais constitue une valeur peut-être tout aussi contestable que celles que nous écartons ? Il faut s'entendre, et distinguer. Savoir si la vérité est accessible est une chose, savoir s'il est bon de la chercher en est une autre. Que la vérité soit incertaine, nous en convenons, encore que nous connaissions peu de personnes qui ne croient la posséder, en tout cas en ce sens que même celles qui la proclament inconnaissable peuvent rarement se déshabituer de parler d'erreurs. Nous en convenons donc; mais nous ajoutons que la difficulté d'accéder à la vérité n'en exclut pas le souci. On peut attacher une valeur à la vérité sans être certain de la connaître, d'autant qu'il n'est pas démontré qu'il soit impossible de la connaître, ni surtout de savoir si l'on en est plus ou moins éloigné (vouloir simplement se tromper moins étant sans doute l'ambition la plus réalisable que le souci de vérité puisse inspirer). A l'inverse, le sentiment de savoir la vérité n'en entraîne pas toujours le respect : le mépris ou l'indifférence à son endroit sont rarement déclarés et même rarement conscients, mais ils ne sont point rares. Il est possible que ce mépris ou cette indifférence envers la vérité aient leurs « raisons que la raison ne connaît point »; mais on peut souhaiter qu'ils se montrent franche-

ment au lieu de se parer du manteau de la science, emprunté à peu de frais grâce au préjugé répandu que les sciences humaines ont besoin de moins de rigueur que les autres (1).

Quoi qu'il en soit, en posant que nous cherchons à définir le droit tel qu'il est plutôt qu'au gré des passions, des intérêts ou de la fantaisie, il ne nous échappe pas que nous confessons un jugement de valeur; mais ce jugement-là, que toute démarche scientifique nous paraît impliquer, est aussi le seul qu'elle puisse se permettre, du moins après que l'objet de l'étude a été choisi.

(1) Pour plus de développements sur ce point, v. notre commentaire de l'ouvrage de M. L. RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Journ. Trib., 1976, pp. 534 et 535.

CHAPITRE PREMIER

Les juristes et la philosophie du droit

Il peut sembler à première vue qu'il soit possible d'exceller en juriste sans rencontrer, si ce n'est par accident, le plan où se tient le philosophe du droit. Certains s'arrêtent à cette première impression. De là à regarder la philosophie du droit comme une préoccupation byzantine, il n'y a qu'un pas. On le franchit avec le plus d'aisance dans les régions et les milieux où esprit curieux et esprit étrange sont presque des synonymes.

L'intérêt des juristes pour la philosophie du droit est en général insuffisant, si l'on considère celui qu'elle présente pour la qualité de leur travail quotidien. Certes, ceux qui déclarent demeurer par une sorte de scepticisme à distance de cette discipline ne peuvent manquer de trouver dans la littérature qui a pour ambition de la faire progresser, sous les dehors soignés de plans complexes et de langues abstraites, quantité d'excès, d'affirmations, de partis pris, d'inadvertances, de préjugés, de naïvetés d'où ils peuvent tirer parti pour justifier leur attitude. Mais si cette justification vaut pour la plupart des travaux de philosophie du droit, elle ne permet pas de les rejeter tous sans pécher par excès de généralisation : prenons garde qu'un scepticisme extrême n'est pas toujours l'effet d'une information et d'une lucidité parfaites.

Beaucoup estiment encore pouvoir négliger, pour apprendre à pratiquer le droit, une philosophie qui, à les entendre, tient dans la recherche de ce que les règles en vigueur devraient être et non dans celle de ce qu'elles sont réellement. En vérité, si même la philosophie du droit consistait seulement en une telle recherche, cela n'empêcherait pas que beaucoup de juristes fassent de la philosophie du droit sans le savoir, partant d'une manière simpliste et courte, consistant en jugements de valeur sous-entendus comme allant de soi.

De plus, il est arbitraire de limiter à ce point l'objet de notre discipline. On n'aperçoit pas ce qui lui défend de réfléchir aussi à ce que

sont les diverses choses dont on parle sous le nom de droit (règles en vigueur, préceptes moraux, pratiques générales, etc.) et sur les rapports du droit ainsi entendu avec d'autres réalités. On l'appelle alors souvent théorie du droit mais cette expression a au fond le même sens que philosophie du droit : on les emploie toutes deux pour désigner le même vaste domaine de recherches, l'emploi de chacune étant seulement plus fréquent pour désigner telle ou telle partie de ce domaine. A cet égard encore, même le praticien prétendant le plus résolument tourner le dos à cette philosophie ou théorie ne peut faire qu'il ne se prononce au moins implicitement, malgré qu'il en ait, sur les questions qu'elle se pose. Voici comment.

Répondre en juriste à une consultation banale peut supposer un choix entre plusieurs conceptions du droit en général. Il en va même ainsi alors qu'un texte clair et explicite offre la réponse : car il faut encore être certain que ce texte vaut en droit. Le juriste consulté ne peut évidemment pas reconnaître un caractère juridique à toute recommandation explicite intéressant son propos, d'où qu'elle vienne. Dans quelle mesure peut-il reconnaître la valeur d'une règle de droit interne à une décision d'un organisme international ? et même d'une règle de droit tout court à une jurisprudence constante ? au préambule d'une constitution ? à un principe généralement accepté de morale sociale ? à une pratique habituelle ? à une idée générale dont les lois ne font que quelques applications particulières ? à un bout de loi qui n'a pas été abrogé, mais que le législateur semble avoir oublié ? Autant de questions dont on élude souvent la discussion par des affirmations péremptoires, malheureusement de sens contraires, comme sont les intérêts ; et s'il arrive qu'on ne puisse éviter d'entrer dans un débat véritable, c'est quelquefois pour y avancer des raisons qui se ressentent d'une préparation insuffisante à la théorie du droit. Tel cite même à l'appui de ces raisons, pêle-mêle, des théories et des concepts qu'il ne paraît pas connaître beaucoup mieux que de nom : il ne précise pas rigoureusement en quel sens il les utilise, comme s'ils ne recelaient que des formules qu'il suffise de prononcer pour voir apparaître une sorte de vérité juridique. Les mots savants sont pris alors pour l'effet qu'ils produisent : pour leur valeur incantatoire. Autant d'épargements qu'épargne seule une discussion en profondeur.

Mais ce ne sont encore là que des occurrences assez rarement observables du lien qui peut exister entre l'opinion d'un jurisconsulte sur un point de droit et sa philosophie du droit. Si ce lien n'apparaissait

que dans les circonstances dont nous venons de parler, c'est-à-dire à la faveur d'une contestation sur l'autorité juridique d'une proposition, ses manifestations suffiraient pour montrer qu'il existe, mais ne seraient du moins pas très fréquentes. La difficulté où la philosophie du juriste peut se trouver impliquée chaque jour (encore qu'il entretienne volontiers l'illusion de pouvoir la trancher de façon « pragmatique ») n'est pas tant celle d'identifier les règles de droit. C'est surtout de savoir comment les appliquer, une fois désignées. On hésite encore beaucoup plus souvent sur le parti à tirer des règles, que pour s'assurer de leur compétence. Leur réponse au cas proposé ne s'entend le plus souvent qu'au travers d'une « interprétation ». Celle-ci ne s'impose pas d'elle-même. Le juriste la choisit parmi plusieurs procédés possibles, et qui ont tous, sans exception, des racines trop profondes pour tenir dans le simple « bon sens », dans la commune intuition. Il ne voit pas là autant qu'il devrait un problème de théorie du droit. Précisément parce que le travail d'interprétation lui est quotidien, il l'exécute avec un automatisme qui lui fait quelquefois perdre le sentiment de sa difficulté et, surtout, de son imperfection. Prié sans cesse d'appliquer des règles générales et reconnues à des cas particuliers, il le fait au moyen d'une démarche plus ou moins savante, dans laquelle il recourt à un savoir-faire si exercé qu'il lui arrive de se la représenter comme essentiellement technique, nous voulons dire d'oublier ce qu'elle comporte d'options fondamentales et qu'il serait parfois bien en peine de justifier s'il en était prié.

Soit dit en passant, si le jurisconsulte lui-même sous-estime déjà l'importance de ces options, quelles chances a-t-elle d'apparaître aux yeux du public ? Celui-ci les soupçonne vaguement, et peut-être est-ce pour cette raison qu'il accueille si souvent avec surprise et méfiance les opinions des juristes. Mais si sceptique que se veuille le profane devant leurs argumentations, il arrive rarement à mettre le doigt sur le défaut qu'il croit s'y trouver. Ce qui le désarme est sans doute d'abord son ignorance des subtilités d'une science et d'un jargon. Mais il y a quelque chose de plus. Par moments, en effet, la méfiance qu'on vient de dire s'évanouit. Prend alors sa place, même chez l'incrédule, un penchant naïf à se représenter de loin le droit comme un corps de solutions certaines, une collection complète de réponses univoques, d'une découverte assurément difficile, mais possible à qui en apprend le chemin (surtout, ajoute-t-on souvent, si ce spécialiste s'impose un immense effort de mémoire : car beaucoup croient savoir que, de toutes les

facultés requises pour les études de droit, la mémoire est de loin la première; et cette superstition n'est peut-être qu'un reflet de la représentation mythique dont nous parlons). Une telle vision du droit est évidemment propre à chasser l'intuition que les opinions juridiques reposent en partie sur des options fondamentales et discutables de leurs auteurs. Aussi populaire que la méfiance dont nous venons de parler, cette vision restaure indirectement la croyance à la possibilité de trancher tout problème juridique d'une manière objective, au caractère purement technique de la démarche du bon juriste. Ranimant en faveur des avis que celui-ci rend une confiance qui a l'attrait de la commodité, elle exerce une tentation constante. Elle est de ces illusions dont on rit à la comédie, plus aisément qu'on ne s'en défait. Ainsi l'importance de la philosophie du droit échappe au public, parce qu'il imagine peu ce que la technique du droit, si rassurante et si perfectionnée, contient d'incertitude.

Revenons au juriste. Plusieurs chemins peuvent le ramener à la philosophie du droit. Il suffit, par exemple, qu'il rencontre une de ces grandes controverses qui n'en finissent pas de faire parler d'elles, condamnées qu'elles sont à tout espèce de confusion aussi longtemps qu'on méconnaît leur lien à des divergences plus fondamentales, touchant la conception même du droit. Elles portent pourtant, quelquefois, sur des notions et des problèmes de la plus grande conséquence pour de nombreux litiges (méthodes d'interprétation, personnalité juridique, nature juridique de l'entreprise, relations du droit international et du droit interne, etc.). Ces débats ne peuvent aboutir si on les contient dans les limites relativement étroites où les ont d'abord formulées des esprits auxquels leurs implications n'apparaissaient pas encore dans toute leur étendue. Mais pour vider chacune de ces querelles, il faut remettre des présupposés en question et, par là, accepter le risque de généraliser le conflit.

Le juriste n'a pas le choix d'être théoricien *ou* praticien du droit. Si praticien qu'il puisse être, il n'a en réalité que le choix entre une théorie que ses opinions particulières impliquent sans qu'il en ait conscience et par conséquent sans qu'il soit à même d'en vérifier la cohérence et le fondement, et une théorie explicite dont il puisse surveiller la qualité. Cette théorie explicite n'est pas utile pour tous les problèmes qu'il se pose, car beaucoup peuvent se régler moyennant un engagement théorique très approximatif. Mais certains problèmes qui barrent soudain le chemin ne peuvent être surmontés sans elle.

De plus, elle permet de gagner du temps pour en comprendre, en distinguer, en classer et par conséquent en résoudre beaucoup d'autres. C'est donc une illusion de croire qu'il suffise d'être rompu à la « technique » juridique pour bien faire (« technique » étant pris ici au sens restreint que lui donne l'usage, et signifiant qu'on applique avec maîtrise un certain nombre de recettes plus ou moins compliquées). Cette illusion revient à croire que l'objet des questions générales est étranger à celui des questions particulières, que ces questions générales soient bien ou mal posées (que de fois n'entend-on pas dire : « En théorie vous avez raison, mais en droit... »). Il y a dans cette croyance une manière de béotisme assez bien portée. En revanche, une formation générale, fût-elle qualifiée de philosophique, sans une formation juridique poussée, ne permet guère de faire sérieusement de la philosophie du droit, du moins cette partie de la philosophie du droit qu'on appelle le plus souvent théorie du droit et qui s'interroge notamment sur la manière dont les décrets du pouvoir s'imposent au sein d'une société (on dira que c'est une opinion de juristes; mais le fait que ceux-ci ont intérêt à la soutenir n'en diminue pas la justesse). Encore que, comme l'assure Descartes, « la philosophie donne moyen de parler vraisemblablement de toutes choses, et de se faire admirer des moins savants ».

CHAPITRE II

Intérêt et difficulté de s'entendre sur la notion même de philosophie de droit

Il n'est pas rare de faire consister l'exposé de l'évolution suivie par la philosophie du droit en un examen successif de théories qui, à y regarder de près, ne concordent même pas quant à leur objet, et encore moins quant au point de vue duquel elles sont établies. A la limite, on pourrait dire qu'elles n'ont pas d'ambition commune, excepté celle de porter le nom de philosophie du droit. Quand l'une observe le droit comme un phénomène, une autre cherche à imaginer le droit le plus satisfaisant et une autre encore semble nous parler de quelque intermédiaire composite. Et parmi celles qui observent des faits, toutes ne s'intéressent pas à la même chose : il s'agit tantôt des volontés d'un pouvoir, tantôt (surtout chez certains sociologues du droit) d'une société et de ses mœurs, dans la production desquelles le rôle du pouvoir n'est pas toujours précisé.

Comment peut-on se satisfaire d'exposer ainsi l'évolution d'on ne sait trop quoi, de tout ce qu'il a plu à quiconque d'appeler philosophie du droit ? de relever les fortunes diverses rencontrées par cette expression au contenu vague et mouvant que forment les mots : philosophie du droit ? Il faut à cette étude un axe qui ne soit pas aussi nominal. Pour le découvrir, il importe de chercher au-delà des mots un minimum d'entente sur l'objet commun des conceptions et « philosophies du droit » à comparer et à discuter. Un minimum seulement : prétendre apercevoir clairement d'emblée tout l'objet de la philosophie du droit, ce serait supposer la nôtre déjà fort avancée, avant d'y avoir fait les premiers pas. Et même partielle, une telle identification ne peut s'opérer que de manière provisoire, parce qu'elle-même pourra se trouver contestée par les théories en question.

CHAPITRE III

Première précision sur l'objet d'un cours de philosophie du droit, ou première illustration de la difficulté indiquée plus haut : distinction de ce que le droit doit être et de ce qu'il est

La détermination de l'objet de la philosophie du droit pose un problème complexe. Une manière pratique d'aborder un problème complexe consiste à chercher à le débrouiller en y distinguant plusieurs problèmes. La « philosophie de » quelque chose n'est pas égale à la philosophie tout court, car au lieu de se prétendre un objet propre, elle consiste en une réflexion approfondie sur la chose en question. La philosophie du droit nous paraît avoir quatre tâches distinctes : chercher ce que le droit est, ce qu'il doit être, comment il varie en ses manifestations, et suivant quelle méthode il convient de l'étudier. C'est ce que Bobbio appelle les tâches ontologique, déontologique, phénoménologique et méthodologique de la philosophie du droit⁽¹⁾. Bien entendu, il ne faut pas comprendre ici par devoir être ce qui est fatalement appelé à se produire, comme lorsqu'on dit qu'une pierre doit tomber si nous la privons de support, qu'il doit être qu'elle tombe : de telles propositions n'expriment qu'un être situé dans le futur. « Doit être » y est toujours traduisible par sera (exemple : tous les hommes doivent mourir = mourront, sont mortels : leur mort aura sûrement lieu).

Cependant, certaines doctrines pourraient paraître rebelles à une telle classification à cause de la distinction qu'elle introduit entre tâche

⁽¹⁾ Norberto BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Turin, 1950, p. 9 et suiv.; si nous empruntons à cet esprit des plus clair une terminologie, nous ne pouvons nous réclamer de son autorité pour tout l'usage que nous en ferons car, pour Bobbio, la première et la troisième de ces tâches appartiennent non à la philosophie mais à la science du droit, plus précisément à la théorie générale du droit; cette classification nous paraît plausible, sans s'imposer.

ontologique et tâche déontologique. Pour Kelsen, le droit, qui est ce qu'on appelle le droit positif, est lui-même un devoir être (*Sollen*). Comment, dès lors, distinguer ce qu'il est de ce qu'il doit être ? A notre avis, en recourant à la distinction que fait Kelsen entre le *Sollen* juridique et le *Sollen* moral, et en disant que le droit qui est consiste, chez Kelsen, dans le *Sollen* juridique, lequel est tantôt conforme au *Sollen* moral et tantôt non, suivant que son contenu est ou non celui des prescrits de la morale. On peut alors concevoir un droit qui doit être, par opposition à celui qui est, et appeler préoccupation déontologique de la philosophie du droit cette réflexion morale sur le droit. Ainsi la difficulté que présente le kelsénisme à se laisser enfermer dans cette classification peut être surmontée. Mais comment vaincre celle qu'opposent les innombrables conceptions du droit qui regardent celui-ci comme formé des préceptes justes (ou de quelque autre manière recommandables : comme bons, comme socialement utiles, etc., c'est-à-dire, on le verra, comme justes au sens le plus large) relatifs à la vie en société ? Elles reviennent à faire du droit une partie de la morale, et puisqu'elles posent qu'il est bon ou juste, on voit mal le moyen d'étudier séparément ce qu'un droit ainsi entendu est et ce qu'il doit être : il est nécessairement tel qu'il doit être. Pour beaucoup d'autres théories, le droit est formé de tels préceptes, mais pas purement et simplement. Par exemple, il ne contient que ceux d'entre eux dont l'irrespect est sanctionné par le pouvoir, ce que les conceptions citées précédemment n'exigeaient même pas. Ou bien encore, il contient les volontés d'un certain pouvoir, bonnes ou mauvaises, plus quelques-uns de ces préceptes justes, que le pouvoir les respecte ou non. Nous verrons d'autres variantes plus loin. Ceci suffit pour faire voir que de telles conceptions se plient malaisément elles aussi au projet d'étudier distinctement d'une part ce que le droit — tout le droit — est, d'autre part ce qu'il doit être.

Pour sortir de cette difficulté, il faut essayer d'exprimer abstraitement et précisément en quoi elle consiste, plutôt que de se contenter d'en sentir les effets. Ce nous semble être en ceci que proposer d'examiner séparément le droit qui est et celui qui doit être, c'est présupposer que l'un diffère de l'autre, que le droit n'est pas nécessairement ce qu'il doit être, donc c'est déjà prendre parti avant tout examen sur la nature du droit et parmi les diverses doctrines relatives à cette question. Mais ce n'est pas une raison pour abandonner entièrement

la classification proposée. Il suffit de la corriger juste assez pour qu'elle ne présente plus ce défaut, de sorte que nous nous trouvions le moins possible privés de son utilité.

La correction peut consister à dire que l'on cherchera séparément s'il existe, sous le nom de droit, des choses qui sont et des choses qui doivent être. Encore est-ce plus complexe et susceptible de confusion qu'il n'y paraît, et pour deux raisons. La première réside dans le fait qu'un devoir être peut se trouver posé par quelque chose qui est. La deuxième est que les mots devoir être peuvent s'employer pour désigner des choses très différentes. Pour mieux comprendre cette complexité et ce risque de confusion, considérons les faits dont il est généralement question lorsqu'on parle de droit. Nous y relevons aussitôt plusieurs ordres de choses pour lesquelles il peut être parlé d'être et de devoir être.

Supposons qu'un comportement déterminé soit considéré par une morale comme obligatoire. On peut donc dire : 1° que ce comportement doit être (moralement); 2° qu'une loi l'imposant (loi au sens de règle armée de sanctions par le pouvoir) doit être (moralement) (à moins que la morale en cause ne répugne pour quelque raison à voir la loi s'occuper de la faire respecter); 3° si la loi est ce qu'elle doit être, le comportement doit être, non plus seulement d'après la morale mais en outre selon la loi. De plus, dans la même situation, on peut relever jusqu'à trois choses qui *sont* : 1° si le comportement dû est adopté, on peut donc dire qu'il est; 2° la loi portant sanction contre qui n'adopte pas ce comportement devient une chose qui est, si le législateur l'a édictée; 3° le précepte moral qui recommande ce comportement, ou la volonté de certaines personnes de voir le comportement adopté conformément à ce modèle, sont encore des « êtres »; on peut dire à leur sujet : « il y a dans la morale un précepte qui commande de ... », ou du moins « il y a des gens pour estimer qu'il est contraire à la morale de ne pas ... ». De plus, 2° et 3° sont des êtres qui posent un devoir être. Pour nous exprimer de façon plus précise et plus complète, nous pouvons représenter de la manière suivante diverses situations possibles pour chaque règle concevable dite de droit. Prenons l'exemple simple d'une loi prescrivant à Paul de réparer un dommage déterminé (peu nous importe si c'est parce qu'il l'a causé, ou parce qu'il l'a assuré, ou parce qu'un enfant dont il a la garde l'a causé, etc.) :

- (1) la loi doit obliger Paul à réparer le dommage, elle l'y oblige et il le répare;
- (2) la loi doit obliger Paul à réparer le dommage, elle l'y oblige et il ne le répare pas;
- (3) la loi doit obliger Paul à réparer le dommage, elle ne l'y oblige pas et il le répare;
- (4) la loi doit obliger Paul à réparer le dommage, elle ne l'y oblige pas et il ne le répare pas;
- (5) la loi ne doit pas obliger Paul à réparer le dommage, elle l'y oblige et il le répare;
- (6) la loi ne doit pas obliger Paul à réparer le dommage, elle l'y oblige et il ne le répare pas;
- (7) la loi ne doit pas obliger Paul à réparer le dommage, elle ne l'y oblige pas et il le répare;
- (8) la loi ne doit pas obliger Paul à réparer le dommage, elle ne l'y oblige pas et il ne le répare pas.

(On peut imaginer des situations plus complexes encore, mais ce n'est pas le moment. Ainsi, le premier élément de chacune de ces huit figures peut être remplacé par plusieurs : la loi pourrait devoir être non seulement en vertu d'un prescrit moral, mais en outre en vertu d'un texte de même nature qu'elle et occupant une situation hiérarchiquement supérieure, comme une constitution; de plus, entre cette loi et le comportement qu'elle vise, peut s'interposer un jugement conforme ou non à cette loi, et ordonnant ou non ce comportement.)

Reprenons ces situations et essayons de les reformuler en termes d'être et de devoir être (sans crainte d'aboutir à des phrases insolites : il faut savoir faire, pour s'exercer, des suites de gammes qui n'ont pas d'intérêt en elles-mêmes). On obtient :

- (1) une règle morale est, qui pose qu'une loi obligeant Paul à réparer le dommage doit être, et que la réparation du dommage par Paul doit être;
 - une loi doit être, qui pose que la réparation du dommage par Paul doit être;
 - cette loi est;
 - la réparation du dommage par Paul doit moralement être;

- cette réparation doit légalement être;
- enfin, elle est.

.....

- (8) une règle morale n'est pas, qui oblige le législateur à obliger Paul à réparer le dommage, ni qui oblige Paul à le réparer;
 - une loi qui oblige Paul à réparer le dommage ne doit donc pas être;
 - une telle loi d'ailleurs n'est pas;
 - la réparation du dommage par Paul ne doit être ni moralement ni légalement;
 - elle n'est pas.

Il est aisé de formuler, selon le même système, les situations intermédiaires entre (1) et (8).

Cette multiplicité d'emplois possibles des notions d'être et de devoir être à propos du droit et la proximité de ces emplois ne forment pas le seul obstacle à ce que l'esprit distingue sans erreur une préoccupation ontologique et une préoccupation déontologique à ce sujet aussi aisément qu'à un autre. En effet, une autre difficulté provient d'un obstacle présent dans l'ensemble des sciences humaines : c'est qu'elles touchent à un objet de passions. Cela se vérifie particulièrement pour la théorie du droit. Celle-ci en effet parle souvent tant soit peu de ce qui est juste, et chacun veut y aller de sa conception du juste; ou bien elle se refuse à en parler et c'est alors ce refus qui paraît choquant à beaucoup. Elle parle beaucoup du pouvoir; or celui-ci est un des plus grands objets de passions qui soient, et de passions particulièrement aveuglantes. D'abord de la part de ceux qui le détiennent et en tirent des satisfactions diverses, ou croient les en tirer : pour y rester le plus longtemps possible, beaucoup feraient n'importe quoi excepté peut-être ce qui pourrait leur ôter toute chance, s'ils le perdaient, d'y revenir un jour; ensuite, de la part de ceux qui sont les adversaires des premiers, que ce soit parce qu'ils ambitionnent de se substituer à eux, ou pour une raison plus rare; et de la part enfin des sujets eux-mêmes, de toute la population. Beaucoup de gens, même s'ils tiennent à l'occasion des propos désabusés sur le pouvoir, conservent un fond de foi en la présence d'une autorité tutélaire qui veille sur tous, gouverne la barque, voit venir les dangers et, sauf accident, écarte les maux qui peuvent être évités. Bref, d'une autorité

reprenant le rôle qu'on s'est accoutumé dans l'enfance à voir remplir par les parents. Il n'est pas rare de voir des personnes instruites de beaucoup de choses et capables de jugement en beaucoup de matières, tels des physiciens, des ingénieurs ou des médecins, tenir des propos qui impliquent une conception demeurée puérile du pouvoir, dans le genre : « On ne laisserait pas faire cela si c'était vraiment dangereux pour la population », « Si l'on dépense telles ressources énergétiques ou financières sans compter, c'est que l'avenir est assuré », propositions vraies ici ou là à tel moment, mais fausses ailleurs, et qu'il est donc toujours naïvement votif d'énoncer sans examen préalable. On ajoute d'ailleurs souvent qu'on « se refuse à croire que cela n'est pas » comme si c'était un bon moyen de remédier à une situation que de s'aveugler sur elle. Bref, les rapports de la loi et de la justice ou de l'équité sont une chose que beaucoup n'aiment guère examiner de près, parce qu'ils fuient l'anxiété qui résulte presque nécessairement de leur contemplation. La théorie du droit se heurte à tous ces sentiments que son objet inspire, et se trouve jusque chez les esprits les plus solides menacée par le *wishful thinking*, c'est-à-dire par l'erreur fréquente qui consiste à se représenter ce qui est d'après ce qu'on voudrait qui soit.

Nous nous limiterons, dans cet exposé, à la partie de la philosophie ou théorie du droit qui s'attache à étudier et d'abord à définir le droit en tant que le mot désigne une chose qui est. Nous ne chercherons donc pas à identifier un droit conçu comme un devoir être. Nous ne méconnaitrons pas pour autant que cette chose qui est, appelée droit, peut créer un devoir être. Si une doctrine imagine une législation idéale, ou bien elle l'appelle déjà droit, ou bien elle en fait seulement un élément de la morale, un droit idéal, c'est-à-dire non pas du droit mais un modèle de droit. Dans le premier cas, elle soutient que ces normes supérieures non seulement montrent ce que les autres normes juridiques doivent être, mais sont en elles-mêmes quelque chose qui est, et elle appelle cette chose droit. Nous n'écartons donc pas d'emblée cette doctrine de notre propos. Dans le second cas, au contraire, nous l'en écartons. Nous ne ferons dès lors guère d'allusions à la question de savoir si et quand le droit est tel qu'il doit être. Pourtant nous ne nions nullement l'intérêt et la pertinence de cette question. Elle permet d'abord de juger le droit qui est d'après un

idéal de droit que l'on se choisit parmi plusieurs, et qu'il faut choisir avec netteté contrairement à ce que font ceux qui n'ont pas appris à distinguer clairement les divers modèles de droit qui nous sont proposés. Cette utilité-là est proprement de permettre de faire un choix politique en connaissance de cause. Bien loin que nous la négligions, nous pensons même qu'il est alarmant de voir la recherche des valeurs délaissée par tant de ceux qui cultivent l'action, puisque ces valeurs sont supposées en être le principe. La recherche du devoir être rend un autre service, dans la mesure où elle conduit à relever divers courants de pensée et l'influence de chacun sur les lois. Dans cette même mesure, une telle recherche recoupe celle qui a pour objet le droit conçu comme une chose qui est. Mais en cela elle alimente surtout la préoccupation dite phénoménologique, dont nous parlerons plus loin.

L'étude des valeurs qui permettent de juger une règle rencontre d'importants obstacles à la vérification si elle cherche à découvrir un système de valeurs préférable aux autres. On ne peut certes rejeter logiquement un jugement de valeur, s'il est démontré qu'il n'est que l'application d'une valeur à laquelle on a convenu au départ de se référer. Une telle convention sera souvent facile à obtenir, entre gens professant les mêmes valeurs fondamentales, sincèrement ou non. Entre personnes ainsi mises d'accord, une discussion peut avancer, et un enseignement être rigoureux, bien qu'on y cherche à fonder des jugements de valeur. Mais nous ne voyons pas, pour notre part, le moyen de faire que la valeur première soit démontrée au lieu d'être postulée. Un cours consacré à l'étude des valeurs peut encore être scientifique s'il consiste à identifier, à comparer celles pour lesquelles des pouvoirs ont effectivement opté, et à chercher dans les divers droits des traces de leur inspiration. Recherche difficile car ces traces sont souvent déformées. Souvent en effet, avant qu'une doctrine morale triomphe au point de passer dans le droit en vigueur, elle doit plaire à tant de gens aux intérêts si divers, qu'elle ne peut triompher intacte et que ce n'est donc pas vraiment elle qui l'emporte : ce ne sont pas ses traces que le droit vivant renferme, mais plutôt ses restes défigurés.

Quoi qu'il en soit, l'étude des valeurs dont il est concevable que le droit s'inspire et qui permettent de le juger nous paraît relever plutôt d'autres cours que de celui-ci. D'abord parce que la loi prescrit aux Facultés de droit de donner un enseignement de « droit naturel » qui exige des étudiants ce type de réflexion. Ensuite, il appartient aussi à chaque cours portant spécialement sur une branche du droit — droit

civil, droit commercial, droit fiscal, droit du travail, etc. — de mettre en évidence les valeurs que ce droit consacre et celles qu'il méconnaît. En effet, les idées versées dans le droit d'un même Etat, les conceptions qui déterminent son contenu varient d'un objet à l'autre; soit inconséquence de la part du législateur ou de la jurisprudence, soit que les problèmes se posent différemment dans les différentes matières où ce droit intervient. Lorsque la jurisprudence de droit commercial fait consister la concurrence déloyale en actes contraires aux « usages honnêtes en matière commerciale », l'espèce particulière d'honnêteté à laquelle elle pense, celle qui, en régime de concurrence, convient au commerce, procède de valeurs bien éloignées de celles que suppose, dans d'autres branches du droit, l'obligation pénale et civile de porter secours à une personne en danger; les considérations qui dominent le droit de la famille ont peu d'affinités avec celles qui animent le droit des affaires ou le droit maritime, elles entretiennent même d'assez mauvais rapports avec celles auxquelles sacrifie le droit du travail et de la sécurité sociale; ainsi encore, on a pu découvrir une motivation idéologique à la distinction du droit public et du droit privé, ou du moins aux exagérations de cette distinction, et que cette motivation était différente chez les publicistes (souvent portés à étendre ainsi la liberté d'action du pouvoir en faveur d'intérêts jugés supérieurs) et chez les privatistes (souvent enclins à caractériser par là le droit privé comme une émanation de la raison plutôt que de la puissance). Les étudiants auront, en recevant une formation de juristes spécialisés dans l'étude du droit positif, l'occasion de vérifier ces exemples et d'en découvrir d'autres. C'est parce que les conceptions que traduit le contenu d'un droit objectif sont si nombreuses, et quelquefois si dispersées, que nous disons que leur examen paraît devoir être confié aux différents cours portant sur une branche particulière de ce droit (forme de l'Etat, administration, fisc, répression, famille, biens, contrats, successions, commerce, travail, etc.; sans compter les relations internationales qui sont réglées par un ou plusieurs autres droits positifs, et doivent faire l'objet, avec ceux-ci et les valeurs qu'ils consacrent, de cours spéciaux). Un seul cours, et du reste un seul homme, ne pourrait étudier systématiquement que d'une manière beaucoup trop générale les modèles innombrables dont on a obtenu que le droit s'inspire tant soit peu.

L'étude de ce qu'est le droit en général — ce qu'on a appelé la tâche ontologique de la philosophie du droit — nous paraît bien mériter

qu'un cours s'y attache spécialement. Un futur juriste devrait se forger, avec l'aide d'un cours tel que celui-ci (fût-ce en réaction contre lui), et garder à l'esprit une idée précise et cohérente de ce que le droit est, avant de s'intéresser à celles qui ont influencé ou paru influencer les différents droits. Et plus encore avant d'employer presque toutes ses études à connaître le droit positif étatique d'un seul pays, manifestation particulière du phénomène juridique, limitée dans l'espace et dans le temps. Il n'est pas tout à fait rassurant de voir que bien des juristes seraient en peine de donner une définition nette d'un genre — le droit — aussi étendu que l'humanité, dont ils étudient une espèce parfois minuscule — le droit positif d'un Etat — avec une science, une minutie et une curiosité dignes d'un objet plus vaste ou, pour mieux dire, plus complet.

Quant à la tâche phénoménologique de la philosophie du droit, tâche consistant à étudier les lois qui président aux variations dans le temps des manifestations du phénomène juridique, elle nous paraît ne pas incomber à ce cours, le programme en contenant plusieurs sur l'histoire du droit (droit romain et autres droits). On pourrait étendre cette tâche phénoménologique à l'étude des variations dans l'espace; cette étude relève spécialement des cours de droit comparé.

Enfin, la tâche méthodologique, qui est l'étude de la façon d'étudier le droit, ne sera pas négligée dans les pages qui suivent, comme on va le voir (spécialement au chapitre X); mais c'est là encore un travail qu'il nous paraît nécessaire de refaire à propos de tous les cours, tant les problèmes se présentent différemment d'une branche à l'autre.

CHAPITRE IV

Autre précision quant à l'objet de la philosophie du droit dont nous parlons : elle est centrée sur le droit dit objectif

Certains sens du mot droit sont si distincts que nul ne les confond entièrement. Chacun aperçoit que 1° le droit objectif, 2° le droit subjectif et 3° la discipline ou science juridique sont choses différentes, quoique toutes trois se trouvent souvent désignées par le même vocable « droit ». On voit moins clairement d'ordinaire les relations qu'elles entretiennent. Ce n'est peut-être pas par l'effet d'un hasard, mais plutôt parce qu'aux yeux de beaucoup ces relations paraissent étroites ou obscures au point de faire négliger la distinction de leurs termes, que ceux-ci sont tous trois désignés, en français notamment, de la même façon : 1° droit hollandais, droit international, droit naturel, ancien droit, droit écrit; 2° droits de l'homme, droits naturels, droit au travail, à une pension, droit de grève, droits acquis; 3° faculté de droit, art, science, technique du droit, droit comparé. Mais cette fortune du mot droit s'explique peut-être aussi pour d'autres raisons, que ce n'est pas ici le lieu d'approfondir. Notons seulement qu'il est permis de douter que le choix de ce vocable obéisse toujours au souci de clarté et de propriété : on satisfait quelquefois aussi par là le désir de suggérer certains sentiments pour son objet, par le biais de ce qu'on pourrait appeler ses harmoniques (ces connotations ne sont peut-être pas évidentes, mais elles semblent attachées à des emplois très différents du terme droit — droit chemin, un homme droit, placer à droite — et même à la racine du mot — droiture, rectifier, rectitude, correct, corriger, en anglais *to be right*, en allemand *Recht*, droit, *Recht haben*, avoir raison, *rechts*, à droite, *richtig*, juste, exact, *gerecht*, juste, équitable; enfin que l'on songe à l'origine de sinistre et au caractère péjoratif de gauchir et gaucherie). Nous reviendrons plus loin à l'esprit dans lequel on parle du droit. Bornons-nous pour le présent à soupçonner que cet esprit n'est pas toujours propice à la netteté des concepts.

Nous explorerons d'abord la notion de droit au sens dit objectif, où le droit est pris comme règle ou comme ordre juridique. Nous préférons étudier et comparer les opinions sur le droit en tant qu'opinions sur l'ordre juridique avant de les examiner en ce qu'elles portent sur le droit subjectif, ou sur le droit comme discipline (dont il sera question notamment à propos du rôle de juriste), ou *a fortiori* avant de les rencontrer en ce qu'elles regardent les relations existant entre la notion d'ordre juridique et les notions de droit subjectif, d'une part, de droit-discipline de l'autre. Celui-ci a les deux premiers pour objet : son apparition suit la leur, en tant du moins qu'il constate et étudie le droit (positif ou naturel, objectif ou subjectif), sinon en tant qu'il contribue à sa formation. L'antériorité du droit objectif par rapport au droit subjectif est plus contestée : certains n'admettent pas que le droit subjectif soit une simple production du droit objectif (ils veulent plutôt y voir une limite préétablie à l'empire de celui-ci). Mais il faut bien prendre le problème de la définition du droit par un bout.

Cette lutte de préséance entre le droit objectif et le droit subjectif n'est d'ailleurs qu'un épisode particulier d'une grande querelle dont nous allons parler.

CHAPITRE V

Parmi les opinions sur la nature du droit, la classification la plus fondamentale du point de vue scientifique paraît celle du jusnaturalisme et du positivisme, pourvu que le sens de ces termes soit précisé d'une certaine façon

Deux grands courants se partagent la théorie du droit. Suivant le premier, *on ne peut définir le droit complètement sans avoir recours aux valeurs* (ce qui n'empêche pas de nuancer la définition en faisant la part, mais limitée, d'une infidélité possible du droit par rapport à elles). Quant aux esprits qui appartiennent à la deuxième tendance, ils *définissent le droit sans référence aux valeurs*. Valeurs, cela va sans dire, que le droit lui-même consacre : nous ne parlons pas de celle que ces opinions peuvent attacher l'une comme l'autre à ce que la représentation mentale du droit qu'elles impliquent soit vraie.

La plupart des réponses à la question de la nature du droit supposent la première opinion. Leur opposition à la deuxième nous paraît fondamentale, et la distinction de ces deux courants la *summa divisio* des définitions du droit. *Summa*, parce que dans les sciences humaines, nous l'avons dit, on ne saurait être trop attentif à la distinction des jugements de valeur et des jugements de réalité. Nous appellerons *positivisme* l'opinion que le droit se définit sans référence aux valeurs, *jusnaturalisme* l'opinion contraire.

Cherchons à préciser davantage ce trait capital que nous paraît être, dans toute définition du droit, la présence ou l'absence d'un recours aux valeurs.

Nous ne sommes pas sûr de pouvoir entièrement décrire ce concept de valeur. Tout ce que nous pouvons en dire est que son objet doit être présent en chacun de nous pour qu'il puisse éprouver la préfé-

rence qui à son tour est nécessaire pour opérer un choix. Partant, pour agir, si l'action suppose un choix, et pour être à même de juger une action comme bonne ou mauvaise.

Il est impossible de donner un nom plus concret à ces valeurs que les uns tiennent à l'écart d'une définition où les autres les font entrer. C'est qu'il faudrait donner plusieurs noms, car elles sont diverses, ainsi que nous le verrons bientôt : et la liste risquerait d'être incomplète, tant il est vrai que si chacun de nous possède peut-être une notion du bien et du mal, tous n'y mettent pas la même chose exactement. Aucune version du bien qui n'ait à la fois ses sceptiques et ses enthousiastes. Les valeurs auxquelles les hommes adhèrent sont assez diverses et parfois assez opposées pour qu'un même homme ne puisse les regarder toutes comme siennes en même temps (bien qu'il puisse être également tenté par des valeurs contradictoires : il ne les fait donc pas siennes, il n'est alors qu'indécis). Le jusnaturaliste se réfère à une valeur qui en est une pour lui. Si nous nous en tenons au terme général de valeur pour exprimer notre distinction fondamentale, il reste donc que cet élément variable dont la présence caractérise comme jusnaturaliste toute définition du droit qui la comporte doit être chaque fois une valeur *déterminée*. Sans doute est-il bien rare qu'elle le soit parfaitement mais nous voulons dire déterminée dans une certaine mesure, au lieu d'être tout à fait quelconque. Dès lors, un auteur déclare-t-il que les diverses organisations et prescriptions juridiques consacrent inévitablement des préférences quelconques ? Il n'est pas jusnaturaliste pour autant car s'il se réfère à toutes à la fois, c'est qu'il n'en retient aucune. Prenons-y garde car il se peut que notre auteur donne le nom de valeurs à toutes ces préférences, quelles qu'elles soient, fussent-elles même caprices de potentats ou purs égoïsmes. Il dit seulement que toute règle de droit est un instrument pour réaliser les valeurs de celui qui la pose : il ne l'entend pas en ce sens que ces « valeurs » méritent d'être partagées. Il les regarde alors avec le même détachement que de simples objets de curiosité. S'il peut arriver qu'on emploie ce terme de valeurs pour désigner tout ce qui plaît au pouvoir et les options impliquées par toutes les règles qu'on aperçoit, options qu'on ne songe même pas à faire siennes, c'est seulement pour marquer qu'on connaît qu'elles tiennent lieu de valeurs pour ceux qui les mettent en œuvre. Nous ne pouvons classer une définition du droit d'après ce qui y est dit de ces valeurs-là.

Ainsi les valeurs dont il faut qu'une définition parle pour être jusnaturaliste sont nécessairement déterminées, au lieu qu'elles ne peuvent l'être dans la définition du jusnaturalisme par rapport au positivisme. C'est qu'il est à peu près autant de jusnaturalismes qu'on peut élire de valeurs différentes (conformité à la volonté divine ou à une autre volonté, à la morale, à la raison; ordre, sécurité, tranquillité publique, justice, bien, équité, liberté, progrès, bonheur, utilité sociale, normalité, soumission au réel, à l'évolution sociale, à la nature des choses, à la nature humaine, au sentiment du droit — *Rechtsgefühl* —, à la tradition, au sens de l'Histoire, à la conscience collective, à la conscience sociale, au *Volksgeist*, à l'intérêt du plus grand nombre, à un intérêt général autrement entendu, dignité de l'individu humain, fierté collective — *right or wrong, my country* — etc.; on voit que certaines de ces expressions désignent des faits; c'est le contexte qui indique si ces faits sont ou non mentionnés en tant qu'une valeur y est attachée). L'antagonisme parfois très vif de ces conceptions du droit fait souvent perdre de vue le caractère fondamental d'une division qui les range toutes du même côté. Les juristes de la Révolution française niant le pouvoir de droit divin au nom de la liberté naturelle de l'homme, les historicistes leur opposant à leur tour la conformité au *Volksgeist* comme critère de juridicité, et tant d'autres qui se veulent on ne peut plus adversaires d'un engouement auquel ils n'ont de cesse qu'ils n'en aient substitué un nouveau, sont en vérité moins éloignés les uns des autres que chacun ne l'est du positivisme.

Tout ceci ne revient pas à dire que les éléments auxquels le positiviste s'en rapporte pour sa définition soient toujours dénués de valeur à ses yeux. Il ne tient simplement pas compte de celle-ci au cours d'une certaine opération. Tel a les valeurs ainsi faites qu'il juge excellente une autorité ferme et l'anarchie redoutable au-dessus de tout; mais dans le moment où il définit le droit comme ce qui est posé par le pouvoir, s'il considère celui-ci indépendamment de la supériorité que nous venons de dire qu'il lui reconnaissait d'autre part en valeur, il est positiviste. On voit que le positivisme ne consiste pas à penser qu'*un droit n'est justiciable d'aucun jugement de valeur* : autre chose est de recourir à des valeurs pour identifier le droit, autre chose de s'en servir pour porter un jugement (dit de valeur) favorable ou défavorable sur un phénomène dont le caractère juridique a déjà été reconnu. Cette remarque devrait aller sans dire après les définitions qui précèdent. Mais beaucoup d'esprits ont de la peine à se l'assimiler.

Ils en conviennent d'abord comme d'une évidence; sur quoi, ils n'y pensent plus et raisonnent même à l'occasion comme s'ils pensaient le contraire.

Il faut prendre garde que ce qui est dit, dans cet ouvrage, du positivisme et du jusnaturalisme ne s'applique pas purement et simplement à toutes les théories que l'on entend qualifier ailleurs de positivistes ou de jusnaturalistes. Ces termes sont fort en usage et les auteurs les utilisent quelquefois en des sens différents de ce que nous venons d'indiquer. Voici quelques exemples pour l'un et l'autre.

Certaines opinions sur la nature du droit sont couramment appelées positivistes parce qu'elles se veulent inspirées de la philosophie d'Auguste Comte, ce qui ne les empêche pas toujours de donner dans ce que nous appelons ici le jusnaturalisme. On leur prête souvent aussi le nom de positivisme sociologique, mais ce vocable à son tour peut servir à en désigner d'autres.

D'aucuns réservent le nom de positivisme à une variante de ce que nous appelons ainsi. Cette variante est l'opinion particulière qu'on ne peut définir le droit par référence à des valeurs, parce que celles-ci sont toutes relatives, subjectives, ainsi que leur hiérarchie, ou encore parce que les valeurs et leur hiérarchie ne sont pas connues; de sorte que, celles des uns n'étant pas moins légitimes que celles des autres, définir le droit par référence à des valeurs déterminées reviendrait à le définir chacun à sa façon et suivant son bon plaisir, ce qui n'avancerait en rien sa connaissance. Nous pensons qu'un tel relativisme, au sens que le terme reçoit en philosophie morale, a pour corollaire sur le plan juridique le positivisme comme nous l'entendons. Mais s'il le commande, il n'est pas seul à le permettre. Il n'y a pas de contradiction à être positiviste en droit, voire à appeler cela, si l'on veut, un relativisme juridique, tout en rejetant le relativisme moral. On peut croire en des valeurs absolues, même en des valeurs accessibles à la connaissance, et que le droit devrait respecter pour bien faire, mais reconnaître qu'il ne les respecte pas nécessairement et estimer qu'il ne cesse pas pour autant d'être du droit. Autre chose est de croire que le juste, le bien, etc. sont clairement indiqués par une révélation, ou par la raison, ou par la science, ou par ailleurs, autre chose de réserver l'appellation de droit aux seuls ensembles de prescriptions fidèles en quelque chose à ces impératifs.

Pour beaucoup, le mot positivisme fait penser à une attitude scientifique, anti-idéologique. Mais il ne faut pas s'y tromper: on a même revêtu de ce nom la croyance au monopole d'une autorité déterminée quant à la création du droit, opinion qui peut être un comble de dogmatisme idéologique (conscient ou non). On a souvent identifié cette autorité aux organes légiférants de l'Etat, et du même coup recommandé comme positiviste une considération exclusive de l'interprète pour les textes, pour le droit dit écrit, par opposition à l'attitude qui consiste à tenir également pour sources de droit les principes généraux, la coutume, la jurisprudence, etc. Or, le positivisme tel que nous l'avons défini pour les besoins de notre étude n'implique nullement cette considération exclusive pour un droit s'exprimant par une seule source, écrite ou autre. Si l'on a quelquefois qualifié de positiviste une fidélité extrême aux textes, c'était sans doute afin de marquer que l'on reconnaissait en elle une trace de prétention scientifique, ces textes étant plus reconnaissables et laissant tout de même un cours moins libre à la fantaisie interprétative ou dogmatique que ne font, par exemple, les principes généraux du droit. Mais n'était-ce pas aussi oublier tout ce que cette attitude envers les textes présupposait de jugements de valeur? Non seulement elle est loin de recouvrir tout ce que nous appelons positivisme, où aucune source n'est écartée ni reçue *a priori*; mais d'un autre côté elle en sort, car elle ne laisse pas de procéder du jusnaturalisme au sens que nous avons indiqué, dans la mesure où elle a été guidée en fait par la considération du contenu des textes en vigueur à un moment donné. Ceux-ci passaient pour une manière de raison écrite (comme les « légistes » au Moyen Age appelaient la loi romaine). Des juristes qualifièrent par exemple le code civil d'« arche sainte, digne d'un respect religieux », d'« image de l'ordre éternel ». De plus, ce qui valait à ces lois tant de considération n'était pas seulement leur contenu. En elles, c'était aussi leur source que l'on révérait, à savoir l'Etat. Déjà sous l'Ancien Régime, ce type d'organisation avait commencé d'exercer comme tel un ascendant remarquable sur les esprits; on lui sut gré ensuite d'avoir servi la Révolution et donné vigueur à des principes nouveaux. On ne saurait dire à quel point ces raisons de le respecter, quoique fort différentes, peuvent se trouver mêlées dans un même esprit. Le sentiment qui en naît, pour être composite, n'en a conservé que plus de force et de ténacité, particulièrement chez de nombreux juristes. Pourquoi particulièrement chez ces juristes? C'est ce qu'on cherchera plus loin. Bornons-nous ici à constater le fait. Et parallèlement cet autre fait (dont nous cher-

cherons aussi plus loin la raison) : un tel « positivisme » a singulièrement le don d'irriter le sociologue. Cédons-lui un moment la parole : « Le " positivisme juridique », qui prédominait vers la fin du XIX^e siècle dans l'enseignement des Facultés de Droit, ne consistait pas dans l'affirmation que tout droit est un droit positif, c'est-à-dire établi dans un milieu social donné, mais il consistait dans la thèse que cette positivité venait du commandement d'une volonté supérieure et dominante, de préférence, de l'Etat; celui-ci a été proclamé seule source du droit, détaché des forces spontanées du milieu social et des groupes particuliers en leur imposant un ordre juridique indépendant et rigide. Ainsi, le positivisme juridique, n'ayant rien à voir avec le positivisme sociologique, projetait le droit dans une sphère entièrement séparée de la réalité sociale vivante au-delà de laquelle planait l'Etat, plutôt entité métaphysique que fait réel. Il va sans dire que pour le positivisme juridique, toute sociologie du droit apparaissait comme un crime de lèse-majesté envers l'Etat et son ordre; le juriste, du haut de sa tour d'ivoire, se détournant avec mépris de tout ce qui a trait à la réalité sociale du droit. Il était fier de raisonner dans le vide formaliste du cadre étatique, les textes législatifs et les décisions des tribunaux officiels lui barrant la route à tout contact avec la vie de la société » (1). Voici qui est peu dur mais il est vrai que, dans les moments où leur idéal du droit est enfin sanctionné par une autorité, certains juristes sont tentés de réserver aux œuvres de celle-ci, non seulement leur approbation de citoyens, mais encore leur attention de juristes. Chez eux, aussi longtemps qu'une autorité inspirée de la sorte maintient le triomphe de ces valeurs, et fait donc tant que ce qui « vaut » coïncide avec ce qui est en vigueur, l'attitude positiviste et l'attitude jusnaturaliste aboutissent pratiquement au même résultat. Cela explique qu'ils puissent aisément se donner pour positivistes sans l'être (exemples : les commentaires du code civil français de 1804 par la plupart des juristes formés dans les premiers temps suivant son entrée en vigueur étaient particulièrement respectueux du texte sous couleur de positivisme, sans qu'on démêle toujours clairement si cette révérence s'adressait à une affirmation catégorique d'un pouvoir particulièrement concentré, ou à des principes jugés d'une qualité nouvelle et supérieure; ou encore, on voit des démocrates adhérant en citoyens à la loi parce

(1) G. GURVITCH, *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940, pp. 3 et 4.

qu'elle s'autorise du suffrage universel, tout en ayant quelque apparence de positivisme parce qu'à force de rencontrer de telles lois là où ils vivent, ils en perdent de vue le caractère particulier et étendent insensiblement les égards qu'ils ont pour elles à la loi en général, sans plus regarder de trop près aux qualités de son contenu ni du régime duquel elle émane, gagnés qu'ils sont par un préjugé favorable envers tout texte ressemblant à ceux qui ont été établis par les représentants de la Nation ou avec leur approbation).

D'autres encore ne prononcent le nom de positivistes qu'à propos de ceux qui, rattachant le droit au pouvoir, recommandent le respect de tout droit, de quelque pouvoir qu'il émane. Or, ceux-ci ne sont positivistes au sens où nous entendons ce terme que pour autant qu'ils désignent par droit une force considérée à ce moment en tant que fait, indépendamment de sa valeur. Mais en ce qu'ils recommandent l'obéissance à cette autorité parce qu'ils écoutent ensuite le jugement de valeur qu'ils portent en faveur de la force, ils ne sont plus ni positivistes ni jusnaturalistes, car ils passent sur un plan moral, ou politique, où cette distinction n'a pas cours. A vrai dire, la valeur bien et le fait force ne sont pas des notions bien différentes à leurs yeux. Si du moins ils avançaient, comme Hobbes : *not rightness, but authority makes the law*, les deux notions resteraient distinctes; mais pour la sorte de positivistes dont nous parlons ici, les deux formules célèbres *jus est quod jussum est* et *jus est quod justum est* font des propositions à peu près synonymes.

Observons enfin que ceux auxquels nous réserverons le nom de positivistes ne définissent pas tous le droit comme l'action d'un pouvoir de fait. A la réserve de quelques nuances indiquées plus loin, c'est à ce critère que nous faisons pour notre part le plus de confiance (en tant que juriste, faut-il le dire, et non à d'autres points de vue). Mais ce n'est là qu'un positivisme parmi d'autres attitudes qui méritent également le nom de positivismes suivant la terminologie que nous adoptons et que nous essayons de préciser ici. Certains prétendent reconnaître le droit, sans recourir à aucune valeur, dans d'autres faits que la volonté du pouvoir. Par exemple, dans les mœurs d'une société (si l'on entend par mœurs les conduites recommandées à chacun par son milieu, ce critère n'est qu'une variante de celui de la volonté d'un pouvoir; mais si l'on désigne par ce mot des conduites effectivement adoptées par tous ou par le grand nombre, le critère est différent, ce qui ne signifie pas que le fait auquel il s'attache soit sans

rapport avec la volonté du pouvoir). Kelsen, d'autre part, voit même le droit au-dehors de tout fait naturel soumis à la loi de la causalité, dans un *Sollen* qui serait par conséquent distinct du pouvoir de fait, auquel il se trouverait seulement lié (v. *infra*). Ce *Sollen* ne se réduirait pas davantage à quelque valeur politique, morale ni idéologique. Sans partager cette conception, nous suivrons l'usage répandu de l'appeler positiviste comme celle qui voit dans le droit l'action d'un pouvoir de fait. Nos définitions nous le permettent, ainsi que nous pourrions le montrer plus précisément dans la suite (chapitre IX, fin); au lieu qu'elles s'opposent à ce que nous appelions positivistes toutes les opinions qui courent sous ce nom. Le positivisme au sens où nous l'entendons est donc plus restreint que l'ensemble des théories positivistes et plus large que la conception qui a notre préférence.

Quant au jusnaturalisme tel que nous l'avons défini, il ne coïncide pas davantage avec ce que tous rangent sous ce terme. D'ailleurs, répétons-le, en ces matières, comme sur bien d'autres sujets, on ne peut pas en même temps chercher à se faire une conception tant soit peu précise et vouloir demeurer d'accord avec tout le monde.

Qui découvre un droit idéal et le juge supérieur au droit reconnaît par là que son modèle ne fait pas partie du droit tout court; sinon il l'appellerait plutôt comme d'autres le font un *droit supérieur*. Il ne peut donc le mettre dans sa définition du droit: il n'est pas jusnaturaliste comme nous l'entendons. Même s'il appelle *droit naturel* cet idéal de droit, terminologie imagée dont ce n'est pas le lieu de faire la critique.

A l'opposé, tel croit s'en prendre au jusnaturalisme, qui à la vérité n'en a qu'à un certain jusnaturalisme. Et se veut positiviste, qui peut finir par verser à son tour, quoi qu'il dise, dans une définition du droit par référence aux valeurs dont il s'était d'abord inspiré pour son évaluation morale ou politique. Certains confondent un jusnaturalisme passé de mode auquel ils s'opposent avec le jusnaturalisme en général, à une nouvelle forme duquel ils sont pourtant eux-mêmes adonnés sans trop le savoir. Bien des prétendus positivismes ne sont ainsi que des résurgences du jusnaturalisme. Celui-ci exerce d'ailleurs subrepticement une tentation permanente sur quiconque adhère à des valeurs, quelles qu'elles soient.

La référence à des valeurs dans la définition du droit n'est pas toujours ouverte et avouée. Peu importe ici pourquoi; l'important est de s'exercer à la découvrir là où elle se trouve, fût-elle implicite.

Il faut insister sur l'extrême diversité du jusnaturalisme. D'abord, quant au degré auquel il croit les valeurs nécessairement intégrées au droit. Ensuite, parce que ces valeurs dont il se réclame sont variées (comme celles auxquelles le positiviste peut recourir, non pour définir, mais pour juger le droit). On a tenté diverses classifications, parmi lesquelles, tout en la critiquant, on insistera au cours oral sur celle de Radbruch, qui nous paraît offrir un intérêt particulier en raison des correspondances que cet auteur y voit sur le plan politique (en deux mots: les oppositions politiques fondamentales tiendraient à ce que les préférences vont soit à l'individu et à sa liberté, soit à la société et à sa puissance, soit à la civilisation et à ses œuvres) (?).

Il reste à expliquer le choix du terme jusnaturalisme, pour désigner ce que nous entendons par là, alors que les valeurs en cause ne sont pas, on l'a vu, toutes en rapport avec la notion de nature.

Ce terme pêche par quelque impropiété en ce qu'il donne à un tout le nom d'une partie. Certaines seulement des conceptions que nous appelons jusnaturalistes prétendent fonder sur la nature les valeurs dont elles se réclament et par référence auxquelles elles entendent définir le droit. Mais on s'accommodera aisément de cette synecdoque en pratiquant cet avis précieux que l'on trouve dans les *Lettres écrites à un provincial*: «... je ne dispute jamais du nom, pourvu qu'on m'avertisse du sens qu'on lui donne». La condition est remplie et l'apparence ne pourrait tromper puisque nous avons défini le sens auquel sera entendu dans ces notes le mot jusnaturalisme. Mot pris à défaut d'autre, et parce qu'il est couramment utilisé, soit dans le sens que nous lui donnons, soit dans un sens voisin.

Ajoutons qu'au mot nature s'attache une qualité symbolique qui recommande de s'en servir même dans l'appellation de conceptions qui ne se réclament pas de la nature pour fonder les valeurs qu'elles font entrer dans la définition du droit. La nature (en général, ou nature humaine, ou nature des choses, ou *Natur der Sache*) offre un champ dans lequel on a trouvé les valeurs les plus variées. En cela, l'«Ecole du Droit de la Nature et des Gens» n'a fait que porter à son comble un procédé qui lui était antérieur, comme il lui a survécu. La caractéristique principale de ce procédé d'extraction des

(?) Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 4^e éd., Stuttgart, Kochler, 1950, pp. 147 et suiv.

valeurs n'est évidemment pas le mot utilisé (celui-ci n'en est que l'instrument préféré, et son emploi est d'ailleurs soumis aux fluctuations d'une sorte de mode). C'est bien plutôt de tirer, comme disent certains, le devoir être de l'être. Autrement dit, de justifier des préceptes, normes ou valeurs en les déduisant de faits autres que la volonté de ceux qui les édictent plutôt que de les recevoir d'une volonté divine ou humaine, ou que d'en faire des principes dans toute la force du terme, des règles avant lesquelles il n'y en a aucune. Tentative sans cesse répétée sous des formes nouvelles : le sens de l'Histoire, l'évolution sociale, la réalité sociale, le donné, etc. jouent-ils aujourd'hui un rôle si différent de celui que la nature remplissait hier dans la philosophie et remplit encore à présent dans la pensée et le langage courants ?

CHAPITRE VI

Remarques sur le rôle des notions de nature et de normalité

Il suffit d'ouvrir un journal ou de prêter l'oreille à une conversation pour remarquer que, dans l'esprit de beaucoup, c'est *en vertu de ce qu'elle est* qu'une réalité doit être traitée de telle ou telle façon. Nous ne disons pas : en tenant compte de ce qu'elle est, dont il va de soi qu'on a avantage à s'informer avant de prendre une décision. Nous disons en vertu de ce qu'elle est : comme si la raison de décider pouvait ne se trouver qu'en elle.

A ce compte, l'étude d'une société et de ses particularités indiquerait la législation qu'il convient de lui appliquer. Chaque situation, chaque comportement qui suscite un problème de morale ou de politique juridique renfermerait aussi les éléments de sa solution et appelleraient donc un statut juridique ou moral déterminé. Certains pensent que ce qu'une chose « doit être », ce qu'« il faut » en faire, est simplement *voulu*, indiqué par une volonté (divine ou humaine) extérieure à cette même chose. Mais c'est en celle-ci que d'autres voient cette destination inscrite, et leur disposition d'esprit à concevoir des normes comme inhérentes aux objets dont elles règlent l'usage les porte à raisonner comme si l'examen attentif de ceux-ci, mené sans préjugé et sans que l'examineur fasse intervenir aucune volonté, permettait de conclure qu'il est bon d'adopter à leur endroit tel comportement plutôt que tout autre également possible. Nous voulons nous interroger ici sur cette démarche qui consiste à tirer de ce qu'ils sont les valeurs relatives à un être ou à une chose.

La question est de celles qui imposent une réflexion difficile. Il est bon de s'exercer à pouvoir la refaire de soi-même à tout propos, tant le procédé en cause, inné ou appris, revêt d'apparences diverses et inattendues, et se glisse jusque dans nos réactions devant les problèmes quotidiens. Considérons-le d'abord sous son expression la plus

typique, laquelle nous échappe tous les jours : « c'est tout naturel », « voilà une réaction bien naturelle », « quoi de plus naturel, dans de telles conditions, que d'exiger des excuses, le remboursement de ce qu'on a payé, etc. ».

En vérité, le mot nature a plusieurs sens, au point qu'on peut se demander si son succès ne tient pas un peu à ce qu'il permet de les confondre.

Dans de nombreux cas, naturel signifie bon, souhaitable, justifié. Tantôt sans plus (et alors il ne prouve rien), tantôt avec une indication de la raison pour laquelle la chose qualifiée de naturelle est bonne. La raison varie.

Quelquefois, le mot naturel suggère cette raison en ce qu'il signifie habituel. Cela pose un problème auquel nous reviendrons à l'occasion du mot normal.

Plus souvent, nous appelons nature une volonté supérieure et agissante dont on ne sait trop si elle est une projection agrandie de la nôtre ou l'émanation d'une sorte de divinité omniprésente et voilée. En tout cas, nous l'honorons volontiers jusqu'à écrire son nom avec une majuscule : « La Nature n'a pas voulu que... », « La Nature ne laisse rien au hasard », « fait bien les choses », sans compter les innombrables interprétations finalistes du type : « La Nature a doté la tortue d'une carapace pour la protéger », « Les ailes de l'oiseau sont faites pour voler (au sens de : afin qu'il vole) ». Cette nature-là n'a de valeur qu'aux yeux des convaincus, mais ceux-ci sont du moins parfaitement cohérents avec eux-mêmes en la lui reconnaissant.

Le sens le plus fréquent de naturel nous paraît être celui de réel. La nature est alors la réalité comme telle, la réalité tout entière. C'est souvent ainsi qu'on l'entend dans des expressions comme : « les lois de la nature », « la nature mortelle de l'homme », « Un Tel est d'un naturel paisible », « la nature d'une chose (une roche, un accident, la lumière) », « les merveilles de la nature », etc. Il faut assimiler au sens de réel celui de fatal, en ce qu'il recouvre un réel futur (il est dans la nature d'un certain arbre qu'il fleurisse au printemps, de tel oiseau qu'il y fasse son nid, etc.). Or c'est peut-être au sens de réalité que la nature apparaît le plus souvent comme fondement d'un jugement de valeur. « Un Tel vous a fait du tort, alors que vous ne lui aviez fait que du bien ? Il n'y a là rien que de très naturel :

c'est la vie. La vie est une lutte. Voyez les animaux : le gros poisson mange le petit. Il était le plus fort, vous étiez sur son passage : il a bien fait. A sa place, vous auriez agi comme lui. Vous prétendez que non ? Alors c'est que vous n'êtes pas sincère, ou pas normal », etc. Cette sorte de morale du fait accompli doit peut-être une partie de son succès à ceci que la nature au sens de réalité est l'objet que la plupart des savants ont jugé digne de leur attention et de leur étude; le prestige des sciences naturelles, probablement dû en grande partie au bien (et peut-être aussi au mal) qu'elles ont permis à l'homme de faire, a donné à croire qu'elles étaient même capables de tirer des valeurs de leur objet. On peut entretenir une croyance mieux fondée, mais non plus favorable aux technocrates. En tout cas, elle ne semble guère résister à l'examen. On ne peut, disait Henri Poincaré, tirer de prémisses à l'indicatif des conclusions à l'impératif. La nature (ou quelque équivalent : les faits, le réel, etc.) ne peut plus être celle dont parlent les hommes de science, dès lors qu'on en veut faire la source de normes ou de valeurs, un donné qui contient toute la justification d'un impératif au lieu d'en éclairer seulement une partie. Elle ne peut alors comprendre intégralement la « nature » des naturalistes, des physiciens, des biologistes, non plus que celle des psychologues et des sociologues, c'est-à-dire toute la réalité connaissable (sinon déjà connue), celle d'hier, d'aujourd'hui et de demain, l'ensemble des faits qui ont été, qui sont ou qui seront dans le domaine considéré. En effet, il suffit qu'un fait se produise pour qu'il appartienne à la nature ainsi entendue : comment concevoir qu'il puisse y être plus ou moins conforme ? *Si ce qui se fait est le critère du bien et du mal, comment méfaire ?* Dès lors que la nature au nom de laquelle on approuve ou condamne serait la réalité, il n'y aurait pas de crime si odieux qu'il ne suffise de commettre pour justifier de son innocence.

On ne verrait pas l'à-propos de préceptes condamnant l'impossible ou ordonnant l'inévitable. Recommander ou ordonner une action tend à empêcher une abstention possible, recommander ou ordonner une abstention tend à empêcher une commission possible. Ce qui signifie que ces recommandations et ces impératifs visent à éviter des événements qui pourraient se réaliser, faire partie de la réalité. On voit mal, dès lors, comment lesdits préceptes pourraient être fondés sur la réalité comme telle, c'est-à-dire sur une réalité dont on ne montre pas qu'elle ait une qualité supérieure aux autres. Quant au *sens* du

bien et du mal, au *sentiment* du juste, au *Rechtsgefühl* par quoi certains croient fonder objectivement les valeurs sur la nature même de l'homme, leur trouvant une justification dans sa conscience individuelle ou collective, en ce que ces dispositions y seraient toujours présentes (« Tout homme répugne à la délation », « Il n'y a pas de mal à être raciste : la preuve, c'est que dans le fond tout le monde l'est »), comment leur réalité prouverait-elle leur supériorité sur des sentiments opposés dès lors que ceux-ci sont tout aussi réels ? On a condamné le suicide comme contraire à l'instinct de conservation de l'homme et par là à sa nature. C'est oublier qu'il est surtout contraire à la nature humaine ... de ceux qui ne se suicident pas (ceci soit dit sans exclure qu'il y ait peut-être des raisons plus sérieuses de condamner le suicide : nous ne jugeons ici qu'un argument).

Une nature normative ne peut donc être, ni sa vertu habiter entièrement, la nature dont on parle lorsqu'on dit : « les lois de la nature », « les sciences naturelles », « la nature objet de science », « les curiosités de la nature », « ses exigences » (au sens cette fois de nécessités, non plus de volontés), etc. Il faut que la nature source de normes ou de valeurs ne comprenne pas toute la réalité connaissable. Elle ne peut être l'ensemble de ce qui est ou sera.

Or si la nature des moralistes et des politiques doit être autre chose que ce que les hommes de science et souvent même le langage courant appellent nature, l'emploi constant du mot est source d'équivoque. C'est une fonction, voulue ou non, de cette équivoque, de prêter à la nature, prise dans un sens normatif qui reste à justifier, la solidité à toute épreuve connue qui s'attache aux lois scientifiques.

Afin de se garantir contre l'ambiguïté dont nous venons de faire grief aux doctrines qui tirent les valeurs ou les normes de la nature, les plus perfectionnées précisent que cette nature normative s'entend uniquement d'une partie de la nature objet des sciences naturelles; d'une partie seulement de ce qui existe ou existera. Encore faut-il délimiter la partie ainsi privilégiée de la nature des scientifiques qu'est celle des moralistes. On le tente de cent façons, parlant de « nature profonde », « véritable », « propre », etc. Solutions bien verbales, mais il faut croire qu'elles ne sont pas sans attrait car on ne pourrait dresser une liste complète des mots dont on se paie ainsi.

La tentative la plus importante, et sans doute à son tour la plus typique, de privilégier de la sorte une partie du réel, recourt à la

notion de normalité. La nature invoquée n'est plus formée de tous les états de l'objet considéré, mais de certains seulement. Elle est non plus tout ce qui existe, mais la partie normale de ce qui existe. La nature (normale) des mères étant de soigner leurs enfants, il faut condamner celle qui néglige les siens. En présence de quoi l'esprit de vérification ne peut que résister encore, sans se laisser décourager et pour ainsi dire convaincre par la longueur du débat, ni intimider par la gravité des exemples, ni troubler par la valeur que nous attachons à certains préceptes, d'autant que ce qui est en cause ici est seulement une des justifications qui en sont avancées et non ces préceptes eux-mêmes. Il convient d'observer d'abord qu'à son tour, la notion de norme est équivoque. Qu'on le veuille ou non, l'on frise en l'utilisant la confusion aberrante et répandue de la *norme de fréquence* et de la *norme de valeur* (« Il faut féliciter cette personne à l'occasion de la manifestation organisée en son honneur, bien que ce soit une comédie : cela se fait », « Il ne faut pas écrire dans un compte rendu que l'auteur d'un livre, personnage haut placé, aurait mieux fait de s'abstenir : cela ne se fait pas »). Confusion d'un optimisme incompréhensible. Certes, il est souvent vrai que les normes de fréquence influent en fait sur nos normes de valeur, qu'en d'autres termes nous confondons volontiers ce qui « se fait » et ce qui doit se faire. Il peut être vrai, en outre, que certaines choses qui se font d'ordinaire doivent se faire. Mais est-ce parce qu'elles se font d'ordinaire qu'elles doivent se faire ? Pour trouver bon que les parents aiment leurs enfants, nous fondons-nous sur ce que nous voyons ce sentiment à la plupart ? A lier recommandable et fréquent, on tombe dans cette conséquence qu'il suffirait de démontrer la sottise plus répandue que l'intelligence, la recherche de pouvoirs et d'honneurs mieux partagée que la sagesse, la malveillance moins rare que l'indulgence, l'égoïsme moins que l'altruisme, la vanité moins que la conscience de ses propres limites, le laisser-aller moins que le sens du devoir, pour qu'aussitôt ces travers (au moins supposons-les tels) se muent en bonnes qualités et qu'à l'inverse, génies, sages, saints, vertueux, humbles ou héros aillent rejoindre l'espèce exceptionnelle aussi des êtres intentionnellement nuisibles, pour être confondus avec eux dans l'abomination générale. Il suffirait même, dans la logique de ce système, d'empirer le vice en le répandant pour l'ériger en vertu. Il est vrai que si quelqu'un pousse le souci de cohérence jusqu'à admettre cette conséquence générale du fait qu'il lie norme de valeur et norme de fréquence, son système de valeurs devient inexpugnable.

Mais avant de renoncer à lui faire des objections, on peut du moins essayer de le mener jusque là, où il ira bien rarement.

Il est possible que ce que l'on condamne comme anormal mérite quelquefois condamnation. Mais c'est à la condition qu'on puisse fonder celle-ci sur des griefs autrement solides que la simple contrariété à une « norme » vaguement confondue avec une fréquence, si l'on admet qu'il est des défauts rares et des défauts répandus, des vertus rares et des vertus répandues. Que les uns et les autres ne soient pas répandus dans la même mesure, tant mieux; mais on ne voit pas que les critères du bien et du mal doivent être prisonniers de statistiques, fussent-elles bien faites (encore qu'ils y soient assez souvent liés dans l'opinion, comme par hasard, du grand nombre).

C'est donc bien d'une norme de valeur et non de fréquence qu'il faut se servir si l'on veut arriver à une notion normative de nature, à une nature selon laquelle on doit régler toutes choses. Il suffit de savoir que le mot norme est utilisé dans le contexte de la recherche d'une nature capable de fournir un principe de décision pour devoir logiquement l'entendre comme norme de valeur. On peut donc croire que si l'on parle alors de norme tout court, et qu'on omette de préciser qu'il s'agit d'une norme de valeur, c'est parce que l'équivoque n'est pas possible. Mais il est permis aussi d'en douter, et de soupçonner qu'en choisissant si souvent d'exprimer nos options par un tour qui prête à confusion — « il est normal que... » — plutôt qu'à l'aide d'un moyen tout à fait clair — « nous préférons, nous souhaitons, nous jugeons bon » —, nous comptons bien qu'elles plairont davantage à notre interlocuteur pour peu qu'il soit victime de cette confusion où nous l'induisons en tentation de tomber sans nous exposer au ridicule de la commettre nous-même. C'est que le passage d'un type de norme à l'autre guette les esprits les plus avertis, tant il s'opère insensiblement. La valorisation de la norme de fréquence a beau nous paraître, lorsque nous y faisons attention, une erreur grossière, un conformisme simpliste, nous n'en sommes jamais loin. Sans cette prédisposition de notre esprit, ceux qui veulent nous persuader d'agir à leur guise se trouveraient souvent bien en peine de donner à leurs préceptes quelque autorité sur nous. On nous fera observer que cette autorité peut être nécessaire et qu'elle est forcée de prendre appui sur des arguments irrationnels, puisque beaucoup de gens n'entendent pas raison. En vérité, c'est là, bien plus qu'une nécessité véritable, le sen-

timent d'une nécessité; par lui-même, par son intensité, par sa généralité, un sentiment ne prouve rien contre qui en éprouve de différents.

Cherchant une nature critère du bien et du mal (donc une nature qui ne soit pas toute réalité), et la cherchant dans la partie du réel qui pourrait être appelée la plus normale; veillant de surcroît à ne pas tomber dans la confusion du normal et du fréquent, et recourant donc uniquement à une norme de valeur : où trouver celle-ci ? Voici que la partie de la réalité que nous voulons prendre pour modèle sous le nom de faits normatifs ou de nature a dû commencer par répondre à des exigences, à des valeurs parallèles à celles qu'elle est supposée indiquer. Ce qu'on affirme ainsi découvrir en fouillant la nature est-il autre chose que ce qu'on a oublié qu'on était allé soi-même y enfouir ?

Nous touchons ici au problème de la finalité. C'est en elle aussi que l'on prétend parfois puiser la norme de valeur : tous les tenants de la normalité ne ramènent pas simplement celle-ci à une fréquence. Certains disent plutôt d'un comportement qu'il est normal au sens de bon, lorsqu'il se conforme à une finalité : celle de tel être ou de telle chose est de se diriger vers tel avenir, par conséquent ce qui l'en détourne est anormal, contraire à la nature, entendez mauvais. En tout cas, ce qui ne l'en détourne pas est licite. L'esclavage, disait-on dans l'Antiquité, est justifié par la nature servile des Barbares.

Pour qu'on puisse attribuer à des personnes ou à des choses une finalité possédant une vertu normative, il faudrait réaliser trois conditions.

Premièrement, cette prétendue finalité des êtres et des choses ne peut consister dans ce qu'ils sont *déterminés* à devenir : si on la veut telle qu'on puisse en tirer un impératif utile, c'est qu'on tient pour possible que cette finalité ne soit pas suivie.

Deuxièmement, il ne faut pas croire qu'on ait mis le doigt sur une finalité normative en découvrant qu'une chose présente tels caractères qui la rendent particulièrement propre à certains usages, à connaître un certain sort, même si l'on exprime cette aptitude en disant que la chose est faite *pour* cet usage, *pour* cet avenir (cet homme est bâti pour vivre cent ans, cet animal est fait pour la course, etc.). De ce qu'une chose est constituée de façon à pouvoir servir d'une certaine façon, il ne suit pas une finalité au sens impératif : il n'y a là que capacité, utilité, simple offre de possibilité, sans commandement ni interdiction. Qu'on nous permette un exemple. L'intervention

du médecin, on en conviendra, implique ce jugement de valeur, que certain autre état vaut mieux que celui où il trouve son patient. S'il est d'aventure prié de fonder un tel jugement, et qu'il consente à prendre la question au sérieux au lieu de répondre « cela va de soi », il répondra parfois qu'il faut sauver le mourant parce qu'il est capable de (« fait pour ») vivre, ou ranimer le malade parce qu'il peut (et dès lors doit) être conscient. C'est-à-dire qu'il invoquera une finalité inscrite dans l'homme, et indiquée par ses virtualités. Nous ne songeons évidemment pas à méconnaître les bienfaits de son action; mais ce n'est pas cette justification d'une option par la finalité qui nous l'aura fait trouver bonne. Oublions même un instant qu'on ne peut toujours soulager et sauver à la fois. La seule possibilité de vivre ou de survivre suffit-elle pour donner un intérêt à toute existence? Et suffit-il que des souffrances puissent être évitées pour qu'il faille immanquablement les dissiper? On hésite à le faire au prix de la vie, faut-il s'y résoudre au sacrifice de toute qualité qui peut leur être liée? Car si même on se refuse à voir comme certains un sens à toute souffrance, à quelles inquiétudes ne devons-nous pas certaines des connaissances et des œuvres humaines auxquelles nous tenons? Il faut bien avouer que nous ne savons pas certainement ce qu'eût fait perdre en créativité la guérison de bien des malaises. Nous pourrions trouver d'autres exemples de ce que la finalité doit être plus qu'une aptitude pour qu'il soit souhaitable de la suivre: les recommandations que l'on entend faire d'user seulement à bon escient, sans causer de tort, de talents même exceptionnels. Ainsi plus on y pense, plus on voit se vérifier l'idée, pourtant paradoxale en beaucoup de circonstances, qu'il n'est condamnable de laisser une virtualité sans emploi qu'autant qu'il est bon que cette virtualité se réalise.

Troisièmement, la finalité normative d'une chose ne peut se déduire non plus de ce qu'une destination est assignée à celle-ci par un être extérieur à elle, par exemple par son créateur ou son utilisateur. Dans ce cas, on ne peut parler de la finalité de cette chose, d'une finalité propre, incorporée à sa nature, dans la mesure où, si cette volonté cessait, la chose subsisterait quoique ayant perdu sa destination. Il s'agit seulement d'une finalité ajoutée, susceptible de varier ou de prendre fin sans que ce qu'elle revêt cesse d'exister ni d'être ce qu'il est. Une faux est sans doute façonnée dans l'intention qu'il en soit usé pour la moisson; et s'il n'est pas impossible de s'en servir pour tuer un homme, elle est construite de telle sorte qu'il est indéniable

qu'elle convient davantage à l'usage auquel on la destine: y a-t-il jamais eu dans tout cela le moindre germe d'une interdiction de s'en faire une arme, pour le paysan, par exemple, à qui des malandrins voulaient faire un mauvais parti? On ne compte pas les institutions et les textes maintenus en vigueur à des fins toutes différentes de celles que leurs créateurs avaient poursuivies: ces évolutions sont-elles toujours regrettables? On y voit quelquefois les effets d'une heureuse adaptation par laquelle le droit corrige un peu ses retards tant décriés. Il arrive même, et on le comprend, que de tels détournements soient admirés: nous pensons par exemple à ces magistrats qui pendant la dernière guerre ont exercé des poursuites pénales pour des délits inexistant, afin d'aider leur auteur prétendu à échapper aux recherches de l'occupant ennemi.

Telles sont les trois conditions qui nous paraissent devoir être remplies pour qu'on puisse parler de la finalité d'une chose dans un sens normatif. Existe-t-il une seule finalité qui soit ainsi tout ensemble susceptible d'être enfreinte, différente de la simple idoneité des choses à un emploi déterminé, et indépendante enfin de volontés extérieures? Nous ne voyons pas que cela ait pu recevoir une réelle démonstration. Une telle finalité n'est pas évidente non plus. Aussi longtemps qu'elle n'est qu'affirmée et peut n'être qu'illusion, nous en ferons abstraction.

Il arrive enfin que naturel ou normal doivent être entendus dans le sens d'exempt de transformation par l'industrie, par l'éducation, en un mot par l'homme (« pente naturelle », « attitude naturelle », « chassez le naturel », « eau naturelle », « amis de la nature », « état de nature », « mort naturelle », « rupture des équilibres naturels »). Naturel ou normal entendus de cette façon ne sont d'ailleurs pas toujours laudatifs. Certes, un critique peut déplorer le caractère « artificiel » d'une œuvre, un metteur en scène ou un photographe recommander de « rester naturel »; mais ils entendent seulement par là qu'en certaines circonstances, il leur paraît inutile que l'homme travaille à dissimuler ou à modifier le cours des choses, non qu'une telle intervention soit condamnable en toute circonstance, *en elle-même*. Bien mieux: « soyez naturel » signifie le plus souvent « paraissez naturel », et il faut quelquefois tout un art pour y parvenir. On qualifie même de naturelles des inclinations involontaires que l'on juge défavorablement, comme Bacon appelle le goût du mensonge pour le mensonge « *a natural though corrupt Love* ».

Il reste qu'on entend quelquefois fonder un jugement favorable à quelqu'un sur ce que son comportement « n'est pas du tout artificiel », sans parler de ce qu'on a dit du « bon sauvage ». Ce type de jugement est encore plus fréquent à propos des choses (« nature sauvage », « paysage intact », « région non polluée par la civilisation », « nourriture naturelle » par opposition à industrielle, chimique, colorée, aseptisée, etc.). Si quelqu'un prétend pouvoir généraliser ce jugement en soutenant que la nature ainsi entendue est l'indice d'un bien, non pas seulement dans tels cas particuliers mais toujours, on peut lui demander s'il pense donc aussi qu'il est mal de prendre un médicament lorsqu'on est malade, d'employer des outils perfectionnés, de se couvrir de vêtements tissés, teints, cousus, etc. S'il répond oui, sa cohérence protège contre toute critique logique son système de valeurs, sans d'ailleurs pour autant nous l'imposer comme le seul tenable. Mais il ne répondra généralement pas oui.

Rappelons-le, la critique à laquelle nous venons de soumettre la recherche de valeurs et de normes dans la nature des choses ou de l'homme ne touche qu'indirectement au jusnaturalisme. Celui-ci, en effet, n'est que *la croyance à une liaison inévitable des valeurs (le plus souvent plus ou moins « naturelles ») et du droit*. Il ne tire pas toujours ses valeurs de la nature ou d'un des substituts de celle-ci, et d'autre part si ceux qui tirent leurs valeurs de la nature sont le plus souvent jusnaturalistes, ils peuvent aussi ne pas l'être. Mais, bien que la démarche étudiée dans ce chapitre ne soit pas essentielle au jusnaturalisme, elle le précède trop souvent pour qu'il ne soit pas intéressant de la considérer à son propos. De plus, s'il est pratiquement presque impossible de s'exprimer sans recourir fréquemment aux termes « naturel » ou « normal », ou à des termes dérivés (normalisation, etc.), on a voulu montrer combien ce pourrait être un exercice profitable pour de futurs juristes que de s'astreindre à pouvoir leur substituer un mot ou une périphrase univoques chaque fois que ces mots sont rencontrés ou qu'on se surprend à les utiliser.

CHAPITRE VII

Persistence d'une hésitation, dans le monde des juristes et presque chez chacun d'eux, entre positivisme et jusnaturalisme

Nous avons défini une conception du positivisme et du jusnaturalisme. Nous l'avons précisée par rapport à d'autres qui ont également cours, et mis le lecteur à même de reconnaître celle d'un auteur sans se laisser égarer par ses protestations ni par d'autres apparences. L'identification est parfois malaisée car chacune de ces deux attitudes n'exclut l'autre que logiquement. Les auteurs comme les praticiens ne mettent pas tous un si grand entêtement dans leurs idées, qu'on puisse ranger chacun entièrement soit dans la catégorie des positivistes, soit dans celle des jusnaturalistes. C'est seulement chaque opinion particulière qui peut l'être.

Il peut sembler que la plupart des opinions soutenues par des juristes sur un point particulier impliquent une attitude positiviste. Mais bien rares sont ceux qui s'abstiennent totalement de sacrifier au jusnaturalisme. La tentation en devient presque irrésistible dans deux cas : d'abord, dans les définitions générales; plus encore, dans l'argumentation relative à une espèce où l'imperfection du droit positif paraît intolérable.

Le plus difficile est souvent de situer telle opinion d'un auteur sans se laisser influencer par ce qu'on sait de son attitude habituelle (sans parler de la qualification qu'il en donne lui-même, soit parce qu'il entend positivisme et jusnaturalisme dans un sens différent de celui que nous suivons, soit pour quelque autre raison). De ces deux attitudes contradictoires, il arrive qu'il adopte la première devant une difficulté, la deuxième afin de sortir d'une autre. Pour s'en étonner, il faudrait ne pas s'être aperçu que deux idées peuvent habiter longtemps dans un esprit même éminent et ne pas s'y rencontrer.

De plus, la combinaison du positivisme et du jusnaturalisme se trouve facilitée par le succès d'une version individualiste du jusnaturalisme,

particulièrement en honneur à partir du XVIII^e siècle. Pour cette conception, la Nature fait naître les humains bons et libres, quoique susceptibles de corruption à la faveur de leurs relations avec autrui; elle les pourvoit, dès leur entrée dans le monde, de droits que la société devra reconnaître et respecter. Société dont, une fois rencontrée cette exigence, ladite conception ne cherche pas autrement l'organisation idéale, faute d'une finalité propre voulue par la Nature et supérieure aux destins individuels. Un jusnaturalisme de cette inspiration n'exerce pas sa tentation en toute matière sur ceux qui le pratiquent. Ils seront peu enclins à nier le caractère juridique d'une réglementation en vigueur dès lors qu'elle ne porte pas atteinte aux « droits individuels fondamentaux de l'Homme »; quel que soit, par exemple, le statut qu'elle réserve à des entités collectives (régions, classes, corporations, etc., sauf à considérer les répercussions de ce statut sur les prérogatives essentielles des individus).

Un autre facteur de combinaison des deux attitudes est la rivalité qui oppose certains jusnaturalistes entre eux. On voit des novateurs faire flèche d'arguments positivistes dans leur impatience de détrôner une conception du droit inspirée de valeurs auxquelles ils veulent simplement en substituer d'autres au mépris de ces mêmes arguments.

Nous ne croyons pas vraisemblable que beaucoup d'idées qui entrent dans la philosophie du droit puissent encore être nouvelles. Certes, il en est à peu près autant de collections différemment composées et diversement agencées qu'il y a d'individus pensant à ces questions. On peut même supposer que chacun soit capable de retrouver par sa propre réflexion une idée de cet ordre. Mais bien rares sont ceux qui, ayant beaucoup et bien lu, peuvent encore s'estimer les premiers à avoir découvert quelque idée générale que ce soit (fût-elle même fausse). Nous parlons de l'idée, non de la façon de la dire, celle-ci rénovée sans cesse, tantôt avec l'intention de perfectionner l'expression, plus souvent pour donner aux autres, voire à soi-même, l'illusion d'une innovation dans le domaine de la pensée.

Depuis le temps qu'il y a des juristes, et qui parlent, on peut s'étonner qu'ils ne se soient toujours pas mis d'accord pour juger aberrant ou le positivisme, ou le jusnaturalisme. Même aux plus savants s'applique la formule de Kant, que les juristes cherchent encore une définition

pour leur concept du droit (« *noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe vom Recht* »). Ce n'est pas si étonnant qu'on pourrait le dire. Nous vivons dans l'ignorance de beaucoup de notions fondamentales. Les économistes ne peuvent se mettre d'accord sur la notion de valeur, les physiciens ne sont pas tout à fait sûrs de savoir ce que sont la matière et l'énergie, et les artistes ni les critiques ne sont unanimes sur la notion du beau.

Non seulement on s'étonne que le débat dure encore; mais certains ont tant de peine à le croire qu'ils ne le croient pas. Aussi trouve-t-on dans chacun des deux camps des auteurs — ils ne sont pas tous jeunes — pour considérer le différend comme tranché, et l'attitude opposée à la leur comme dépassée, périmée, abandonnée par les bons esprits; quand il n'est pourtant que trop évident, pour qui porte autour de soi une attention non distraite par ses convictions propres, qu'aujourd'hui encore chacune des deux conceptions, plus ou moins modernisée, est soutenue par des juristes qui ont fait leurs preuves à tous autres égards (tous les désespoirs sont permis, pour le dire en passant, sur la qualité d'un penseur qui condamne simplement comme périmée ou dépassée une conception susceptible d'être vraie ou fausse). Le positiviste ne peut croire sérieusement que son point de vue a triomphé quand il rencontre encore souvent des formules comme « primauté du droit », « Etat de droit », « *rule of law* », etc.; quand il peut encore lire sous la plume d'un auteur aussi éminent que René David, des phrases comme : dans le haut Moyen Age, en Occident, « le règne du droit a cessé » ... « L'idée que la société doit être régie par le droit ... avait été admise... mais le retour à cette idée, au XII^e siècle, est une révolution »; le droit public n'a pas « dans nos pays le même degré de perfectionnement et la même valeur que le droit privé; le vrai droit demeure le droit privé; une formation de juriste ne peut être assurée et le règne du droit préparé que par l'étude du droit civil »⁽¹⁾. Nous ne nions pas que ces affirmations contiennent une part de vérité, mais nous relevons que la façon de les exprimer reflète probablement une conception jusnaturaliste. On pourrait citer bien d'autres exemples de jusnaturalisme contemporain, même en continuant de les prendre chez les bons auteurs. Et de même qu'on voit des positivistes dédaigner d'accorder au jusnaturalisme leur considé-

(1) *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 1974, pp. 38, 39, 82.

ration, comme s'il n'était plus sérieusement question de lui, on lit sous la plume d'éminents jusnaturalistes les exagérations et les erreurs correspondantes : à les croire, le positivisme serait pratiquement abandonné, un Radbruch, un Kelsen, un Santi Romano auraient perdu toute audience, etc. Il faut de la présomption pour trancher sans y avoir longuement réfléchi une question sur laquelle des esprits distingués restent divisés, c'est-à-dire une question où des esprits de qualité se trompent régulièrement. Si l'on a une chance d'y voir clair, ce ne peut être qu'en scrutant le problème avec tout ensemble assez d'imagination et une prudence exceptionnelle.

CHAPITRE VIII

Quand la distinction du positivisme et du jusnaturalisme est simple affaire de mots

Certains voient la société comme innervée de règles commandant à ses membres afin de procurer leur bien en toute circonstance. Elles ne pourraient manquer à cette fonction si ce n'est par un accident auquel le système réagirait aussitôt. L'ordonnement idéal de la vie commune serait ainsi l'inspiration même des normes qui la régissent; et celles-ci ne sauraient lui être infidèles au-delà d'un point et d'un temps déterminés. C'est là dans peu d'esprits une certitude constante, mais c'est aussi chez la plupart une impression qui revient souvent.

Certes, il arrive à chacun de s'écrier quelquefois : « on devrait interdire de ... (traiter des prisonniers de telle façon, tuer tel animal, faire de la publicité avec de tels procédés, faire de la publicité tout court, etc.) » ou : « qu'on permette enfin de ... (montrer tel film en entier, accéder à des professions artisanales sans devoir faire la preuve de connaissances d'histoire et de géographie, manger de tel animal, etc.) ». Qui exprime des souhaits de cette sorte conçoit clairement à cette minute que ce qu'il juge ainsi souhaitable qu'on permette, impose ou interdise n'est pas ce qu'effectivement l'on permet, impose ou interdit. Il distingue si bien l'un de l'autre que précisément c'est le fait qu'ils ne coïncident pas qu'il est en train de déplorer. Mais il peut croire qu'il a simplement découvert là une exception, et conserver intacte sa conviction qu'un accord d'ensemble est fatal entre les règles idéales et les règles en vigueur.

Cette foi en un réel presque inmanquablement rationnel peut se trouver ébranlée. Et celui qui la perd pense peut-être de celui qui y reste attaché qu'il souffre d'un penchant à prendre ses désirs pour des réalités, ou même seulement à les croire partagés par autrui (cette méprise-ci n'étant qu'un premier pas vers celle-là). Mais ce sceptique et ce croyant peuvent être réunis en une seule personne, laquelle

suivant le moment sera l'un ou l'autre. Les êtres auxquels ne vient pas une fois le soupçon qu'il règne une parfaite indépendance entre le réel et le souhaité sont rares, presque aussi rares que ceux chez qui le discernement de ces deux termes ne faiblit jamais. On voit la plupart des esprits entre ces deux extrêmes, tantôt il est vrai plus près de l'un, tantôt plus près de l'autre. D'aucuns sont plus attentifs à ce qu'ils jugent bon qu'à ce qui est (leur lucidité étant faible, ou du moins vaincue par leurs aspirations). Ils s'inquiètent donc de savoir ce qu'ils voudraient que le pouvoir fasse avant de se demander ce qu'il fait. Cependant, il ne se trouve guère, même parmi eux, de gens pour croire que les contraintes effectives se dirigent toujours dans le même sens que celles qu'ils appellent de leurs vœux. Ce que d'autres au contraire ont le plus constamment à l'esprit est la représentation de la politique réellement suivie par le pouvoir, si plate qu'elle leur paraisse : représentation indépendante de leurs préférences (soit faiblesse de celles-ci, soit que triomphe sur leurs imaginations une exigence de lucidité). Mais il n'en est guère non plus, parmi eux, qui restent à ce point indifférents à la justice et à toute espèce de valeur, qu'ils ne conservent le désir de voir adopter une politique meilleure.

On peut concéder que chez quelques-uns cette distinction de ce qui est et de ce qu'on voudrait paraît dénuée d'importance pratique dans certaines circonstances, où ce qu'ils veulent coïncide avec ce que veut le pouvoir. Soit que le pouvoir les suive, soit qu'eux-mêmes lui donnent raison en tout jusque dans ses revirements les plus imprévus. Mais une telle harmonie ne peut exister entre un individu déterminé et tout régime quel qu'il soit. On ne voit personne capable de jugement qui, de façon générale et absolue, identifie le gouvernement ou la législation dont il rêve et la législation ou le gouvernement réels.

Ces différences d'appréciation des rapports existant entre l'organisation souhaitable et l'organisation réelle de la société ne correspondent pas à la distinction du jusnaturalisme et du positivisme. Il peut arriver tant au jusnaturaliste qu'au positiviste de ne pas reconnaître les lois d'une organisation souhaitable dans les lois qu'ils trouvent en vigueur. Ils peuvent aussi l'un comme l'autre avoir le sentiment qu'elles s'y rencontrent souvent mais par un heureux hasard, l'imitation de ces

lois par la société ou par le pouvoir n'étant à aucun degré nécessaire. Cette société plus ou moins bien inspirée, cette volonté d'un pouvoir plus ou moins bon apparaissent alors à tous deux comme des réalités indépendantes, et peut-être très éloignées, de la législation idéale. Soit qu'ils tombent l'un et l'autre dans le préjugé pessimiste que le pouvoir est nécessairement corrompu, soit qu'ils reconnaissent ses mérites lorsqu'il en a mais ajoutent que sa qualité de pouvoir ne le garantit pas à elle seule contre les tentations, d'autant que celles auxquelles il se trouve soumis sont puissantes. Entre les positivistes qui choisissent d'appeler droit les décisions mêmes de ce pouvoir (et c'est ce que font la plupart des positivistes) et le juriste qui croit également à l'indépendance de celui-ci par rapport aux préceptes qu'on souhaite voir adopter, mais demeure jusnaturaliste en ce que c'est à eux qu'il préfère réserver le nom de droit, l'écart n'existe que sur le plan du vocabulaire. Que les uns choisissent d'appeler « droit » ce qu'ils veulent voir réalisé ou imposé, alors que pour les autres (qui peut-être voudraient la même chose), ce mot désigne ce que veut la société ou le pouvoir, cette différence ne fait pas obstacle à ce que les uns et les autres s'entendent. Ils voient toute situation de la même manière et émettent sur elle les mêmes constatations d'une part, peut-être les mêmes appréciations ou jugements de valeur de l'autre. Certes, ils n'expriment dans les mêmes termes ni ces constatations ni ces jugements, mais chacun connaît le sens que les mots ont chez les autres. Le dialogue de ceux qui appellent droit ce qui est posé et de ceux qui nomment droit ce qui devrait être posé est alors comme ces correspondances internationales où chacun use de sa propre langue mais comprend celle d'autrui et s'aperçoit qu'ils pensent de même.

Il est donc permis de dire qu'en elle-même, la distinction entre positivisme et jusnaturalisme est affaire de mots, sans plus. Cependant, il se trouve que, le plus souvent, elle correspond à une différence profonde dans la façon de voir les choses : pour des raisons malaisées à déterminer, et probablement multiples, il semble que ceux qui ne croient pas que les règles en vigueur respectent nécessairement quelque peu leurs valeurs soient le plus souvent positivistes, et que ceux au contraire qui le croient soient le plus souvent jusnaturalistes.

CHAPITRE IX

Nécessité et difficulté du classement des principaux types de conceptions par rapport à la summa divisio - Conceptions localisables et conceptions flottantes

Précisément parce qu'il s'agit d'un débat fondamental, il serait intéressant de classer toutes les théories en considérant le degré auquel elles estiment que le droit s'inspire nécessairement des valeurs. Mais certaines de ces théories ne peuvent être situées de la sorte qu'à beaucoup près, parce qu'elles-mêmes sont vagues. Le degré d'utilisation des valeurs dans la définition du droit ne varie évidemment pas dans le positivisme. Il y est toujours nul (encore qu'on puisse hésiter à propos de Kelsen : nous y reviendrons à la fin de ce chapitre). Quant aux jusnaturalistes, on n'en rencontre guère, aujourd'hui, qui croient à une coïncidence pure et simple du droit et des valeurs. Autrement dit, bien peu pensent encore qu'il faut et suffit pour être juridique qu'un précepte, posé ou non, respecte intégralement le naturel, le juste, ou quelque autre idéal. La plupart regardent le droit comme un phénomène mixte. D'aucuns y voient un composé de droit positif et de droit naturel, ce qui leur fera soutenir que des principes qui ne sont pas effectivement imposés peuvent être juridiques. D'autres assurent même qu'ils « ne croient pas au droit naturel » ou que « le droit naturel n'existe pas ». Ils conviennent par ces reniements que ledit « droit » n'en est pas un, contrairement à ce que disaient à peu près tous les jusnaturalistes d'autrefois : qu'il représente seulement un modèle plus ou moins intéressant à étudier. Mais s'ils ne se distinguent pas du positivisme sur ce point, ils s'en écartent en ce qu'ils ajoutent que toute règle effectivement imposée (« positive ») n'est pas juridique (bien que toute règle juridique soit une règle effectivement imposée), parce qu'il faut pour être du droit qu'une règle en vigueur consacre telles valeurs. Ou, pour de plus accommodants, que du moins elle ne s'y oppose pas. Ou même, pour les partisans d'une ultime conces-

sion, il faut mais il peut suffire que la règle en vigueur, et éventuellement contraire à leurs valeurs, fasse partie d'un ensemble qui, lui, ne s'y oppose pas. Notons en passant que la fluidité des principes et la fermeté de l'attachement professé pour eux ne s'excluent pas; qui sait si même elles ne sont pas quelquefois liées.

On voit ainsi pour quelles raisons ceux qui tiennent qu'il n'est de droit que positif ne sont pas tous positivistes.

La gamme des opinions mixtes se diversifie encore bien au-delà de celles qu'on vient d'indiquer comme autant de repères. Il est beaucoup de façons de se contenter d'une conformité *partielle* à certaines valeurs pour conclure à la juridicité de règles ou d'ensembles de règles. Par exemple, en disant qu'un commandement cesse d'être juridique non plus s'il est injuste, mais s'il est « trop injuste ». Ainsi non seulement ce n'est qu'une partie du droit qui passe pour inéluctablement conforme ou non contraire aux valeurs, mais on accorde que même pour les normes situées dans cette partie, la conformité ou non-contrariété, à la nécessité de laquelle on tient tant, peut n'exister que dans une mesure incomplète. Chaque fois que, dans une théorie, cette mesure n'est pas précisée, et on devine bien qu'elle ne l'est pas toujours, nous avons affaire à une théorie relativement indéterminée. De tout cela résulte une grande confusion même lorsque par bonheur on a pris soin d'exprimer les valeurs de référence avec netteté. La notion du droit n'est fixée dans beaucoup d'esprits que très imparfaitement, parce qu'elle l'est à des points qui, eux, ne sont pas fixes.

On l'aura remarqué: tels qui jugent le positivisme intolérable y opposent une supériorité bien illusoire, même de leur point de vue, si, n'acceptant pour droit que ce qui est en vigueur et remplit en outre une condition supplémentaire, ils ne font consister celle-ci qu'en une référence rigoureuse à une valeur imprécise, ou une référence imprécise à une valeur définie avec fermeté. Dès lors pourquoi cet attachement à leur définition? Il faut comprendre que souvent deux mouvements se combattent en eux: 1° le désir de comprendre, dans leur notion du droit, quelque manifestation — précepte, sanction, etc. — du pouvoir qui règne en fait, pouvoir dont il leur paraît sans doute contraire au sens commun de ne tenir aucun compte; 2° dans le sens inverse, l'horreur qu'inspirent maintes cruautés commises ou justifiées par le même pouvoir au nom du droit (elle favorise d'ailleurs le regain de diverses manières de jusnaturalisme observé notamment en Alle-

magne après la chute du régime national-socialiste, par exemple à l'occasion de procès organisés sous le nouveau régime ou de débats parlementaires relatifs à la prescription des crimes nazis; qu'on songe aussi au jusnaturalisme particulièrement en honneur dans certains milieux — Ligue des Droits de l'Homme, Commission internationale de juristes, etc. — inquiets, on le comprend, de voir se répandre impunément et même légalement dictatures violentes et tortures policières). On conçoit que naisse, du conflit de ces deux impulsions, l'intuition apaisante que la définition du droit est à mi-chemin entre le positivisme tel que nous l'entendons, c'est-à-dire nécessairement intégral, et le jusnaturalisme extrême.

Il y a un prétendu bon sens qui croit sans examen que la vérité est toujours au milieu. Il arrange fort bien ceux que l'indécision rassure ou que la neutralité protège. De là, sans doute, l'attrait et la diffusion d'un jusnaturalisme mitigé. Certes, nous ne prouverions pas qu'il est dans l'erreur parce que nous en découvririons les dessous, en psychologue plus ou moins clairvoyant. Il ne suffit pas qu'une opinion plaise pour qu'elle soit fautive; mais force est de constater que les espoirs et les craintes ne contribuent guère à la netteté des idées et que, si deux thèses s'affrontent, la vérité, sinon la paix, ne sort pas nécessairement d'un compromis.

On pourrait s'attendre que ceux qui définissent le droit sans référence aux valeurs voient nécessairement en lui un fait. Pourtant Kelsen s'en défend, alors qu'il serait difficile de montrer plus que lui le souci d'éviter tout recours aux valeurs en se prononçant sur la nature du droit. Pour cet auteur, le droit correspond à des faits sans doute, n'est pas sans lien avec eux, mais n'est pas lui-même, dans sa partie la plus caractéristique, une réalité soumise à la loi de la causalité et susceptible de faire l'objet d'une science naturelle. Car contrairement à de telles réalités, faits naturels appartenant à l'« être » (*Sein*), le droit serait un « devoir être » (*Sollen*). Il ne serait donc pas *dans la nature* (1). Or, ce qui appartient à ce *Sollen* aurait pour principale

(1) Et encore, avec une confusion manifeste du naturel et du matériel: « *man wird nicht leugnen können, dass das Recht als Norm eine geistige und keine natürliche Realität ist* », *Reine Rechtslehre*, Deuticke, Leipzig et Vienne, 1934, p. 12. Cette confusion est davantage évitée dans la deuxième édition, citée ci-après.

singularité de *valoir* (*gelten*), au lieu d'être à la façon des faits naturels. Valoir ? Kelsen ne se contredit-il pas, lui qui prétendait identifier le droit indépendamment de tout recours à un jugement de valeur ? Non, car c'est là valoir indépendamment de tout critère déterminé, c'est-à-dire d'une manière tellement abstraite, ou si l'on veut tellement formelle, qu'il n'y a pas matière à jurnaturalisme.

Il ne suffit pas d'affirmer, comme fait Kelsen, que ce qu'il appelle un *Sollen*, désignant ainsi entre autres choses le droit positif, est irréductible au *Sein*. Il faudrait encore vérifier cette prétendue impossibilité de placer le droit dans le *Sein*. C'est seulement si nous percevions dans le droit des éléments dont son analyse en tant que fait (*Sein*) ne parvienne pas à rendre compte, que la nécessité apparaîtrait peut-être de faire appel à une catégorie différente du *Sein*, pour l'y situer. Mais Kelsen, au lieu de consentir à cette vérification, affirme d'emblée l'appartenance du droit à une catégorie *Sollen* irréductible au *Sein*. C'est là, dit-il, une donnée immédiate de la conscience, et qu'on « ne peut nier »⁽²⁾, bien qu'elle ne soit pas démontrée. Or, que peut bien signifier un *Sollen* ainsi conçu ? Que représente au juste le « devoir être » dès lors qu'on en veut faire, et on le veut évidemment ici, autre chose que la détermination certaine d'une conséquence par ses causes suffisantes (détermination qui serait d'ailleurs un *Müssen*, plutôt qu'un *Sollen* : si l'on dit qu'une pierre laissée sans soutien doit tomber, on n'entend pas par là qu'elle en a le devoir mais qu'il n'est pas d'autre possibilité : qu'elle tombera) ?

En d'autres termes, qu'est-ce au juste que le *devoir* ? Est-il vraiment impossible de l'analyser comme un fait ? Lorsqu'on dit : je *dois* respecter mes père et mère, payer mes impôts, ne traverser la rue qu'à l'endroit indiqué, etc., exprime-t-on certainement autre chose qu'une situation de fait ? Ne peut-on définir celle-ci comme étant celle du destinataire d'un vœu, comparable à la circonstance pour une cible d'être visée ? Ce serait prouver, non sans doute que le devoir se réduit sûrement au simple reflet d'un vouloir, mais du moins qu'il s'y réduit peut-être⁽³⁾. Ainsi qu'on l'indiquera plus en détail dans la suite, il

(2) *Théorie pure du droit*, trad. par Ch. EISENMANN de la deuxième édition de la *Reine Rechtslehre*, Paris, Dalloz, 1962, p. 8.

(3) Kelsen ne cesse de répéter qu'il y a dans le devoir autre chose, quelque chose de plus qu'un pouvoir et qu'une volonté. Mais jamais il ne montre aucun fait dont la présence serait inexplicable sans cette « autre chose ». Le moins

est possible que « je dois », au sens de la morale individuelle, signifie : « je veux que je... », réponse (exprimant un fait) à la question « que me veux-je ? » ; et « je dois », au sens juridique, signifie peut-être sans plus : « on me presse de ... », réponse (exprimant un fait) à la question « que me veut-on ? ». Peut-on démontrer que le devoir soit quelque chose de plus qu'un tel fait ?

qu'on puisse dire est que tout se passe comme si la volonté (accompagnée au besoin d'un pouvoir) suffisait pour rendre compte de ce qu'on observe, de sorte que si l'« autre chose » existe, elle est entièrement cachée à nos yeux par ce fait. Ainsi Kelsen, en affirmant l'existence d'un *Sollen* irréductible au *Sein*, ne dit peut-être rien de faux, mais peut-être rien de vrai non plus. On ne peut nier la présence d'un tel *Sollen*, mais il n'est pas davantage fondé à l'affirmer. Ses explications embarrassées, particulièrement nombreuses dans les notes subpaginales de la deuxième édition de la *Théorie pure* où il répond à des critiques suscitées par la première, nous donnent l'impression qu'il ne lui échappe pas que c'est là son point faible, mais qu'il s'entête à le maintenir pour sauver son système (dont les parties les plus intéressantes pourraient fort bien, à notre avis, être sauvées sans cela). Il nous semble avoir même été bien près de l'avouer dans ce passage de la première édition (pp. 36 et 37) : « *Sie (la Reine Rechtslehre, c'est-à-dire lui, nous semble-t-il) verhehlt sich nicht, daß die als "Recht" bezeichnete, spezifisch normative Bedeutung gewisser Tatbestände das Ergebnis einer möglichen, nur bei einer bestimmten — später noch näher zu bestimmenden — Grundvoraussetzung gegebenen, nicht aber einer notwendigen Deutung ist; daß man die Existenz des Rechts nicht, wie die natürlicher Tatsachen und der sie beherrschenden Naturgesetze beweisen, daß man mit zwingenden Argumenten eine Haltung nicht widerlegen kann, wie etwa die des theoretischen Anarchismus, der es ablehnt, dort wo Juristen von Recht sprechen, etwas anderes zu sehen als nur nackte Gewalt. Aber die Reine Rechtslehre glaubt daraus nicht die Konsequenz ziehen zu müssen, auf die Kategorie des Sollens überhaupt und damit auf eine normative Theorie des Rechts, das heißt aber auf eine erkenntnistmäßige Durchdringung und systematische Bearbeitung der geistigen Gehalte zu verzichten, die, von natürlichen Akten getragen, solchen allererst den Sinn des Rechts geben. Die Möglichkeit und Erforderlichkeit solcher Theorie ist schon durch das jahrtausendalte Faktum der Rechtswissenschaft erwiesen, die — solange es ein Recht gibt — als dogmatische Jurisprudenz den intellektuellen Bedürfnissen der mit dem Recht Befassten dient. Es liegt kein Grund vor, diese durchaus legitimen Bedürfnisse unbefriedigt zu lassen und auf solche Rechtswissenschaft zu verzichten. Sie durch Rechtssoziologie zu ersetzen, ist unmöglich, da diese auf ein ganz anderes Problem eingestellt ist als jene. So wie, solange es eine Religion gibt, es eine dogmatische Theologie geben muß, die durch keine Religions-Psychologie oder -Soziologie zu ersetzen ist, so wird es — solange es ein Recht gibt — eine normative Rechtslehre geben.* »

CHAPITRE X

**Autres précisions quant à la méthode :
qu'est-ce que définir le droit ? - Pourquoi il faut
partir des acceptions usuelles du terme droit -
Corrections nécessaires - Remarques sur l'intérêt
de définir**

Certaines précautions indispensables en matière de définition peuvent à première vue paraître un peu byzantines. L'imagination en saisit malaisément la portée si elle n'est secondée par l'habitude de certaines sortes de débats. A défaut d'une telle expérience, le problème de la définition du droit, aperçu comme de loin, paraît simple : il n'est, dira-t-on, que de considérer les divers droits et de retenir ce qu'ils ont de commun. Mais ces droits divers, à quoi les a-t-on reconnus ?

Avant de répondre à la question de la définition du droit, efforçons-nous de bien comprendre le sens de la question.

Si l'on nous demande de définir un objet, c'est en supposant qu'il est possible d'y relever un trait qui permet ou plusieurs traits dont l'ensemble permet de le caractériser, c'est-à-dire de donner le moyen de ne le confondre avec aucun autre.

Cette supposition nous paraît probablement tenable si l'objet à définir nous semble clairement repéré.

Il l'est de la façon la plus simple s'il s'agit d'une chose individuelle qu'on nous montre. Moins simple pourtant qu'il n'y paraît : certes, une feuille de peuplier qu'on nous donne à caractériser ne revêt pas seulement, dans notre main, les caractères communs aux feuilles des peupliers de la même espèce que l'arbre qui a porté celle-ci, car nous pouvons lui trouver en outre des traits de forme, de dimension, de couleur qu'il sera bien improbable de trouver exactement pareils sur une autre; mais comme nous ne sommes jamais sûrs qu'on ne nous en

montrera aucune qui soit, dans l'état présent de nos moyens d'observation, une réplique parfaite de la première, nous ne pouvons individualiser celle-ci, qui seule a été cueillie à tel arbre et s'est trouvée dans notre main à tel moment, qu'en recourant à des caractères extrinsèques. Et nous ne pouvons constituer un moyen durable de la reconnaître dans son individualité qu'en lui conférant un caractère extrinsèque stable (ce que n'est pas le fait que nous l'avons dans la main). Si par exemple nous traçons sur cette feuille une marque inimitable ou si nous la plaçons dans une enveloppe scellée conservée en lieu sûr, il restera toujours possible de la distinguer de ses éventuels sosies. Sans un tel artifice, par exemple si nous avons oublié de marquer la feuille ou si la marque s'est effacée, il devient impossible de la reconnaître à tout coup : elle ne transporte plus avec elle des caractéristiques individuelles perceptibles par les moyens actuellement disponibles. De même, pour indiquer les limites du territoire d'un Etat ou d'un autre territoire, on se sert parfois de ce qu'on appelle des frontières naturelles (côte, rivière, crête, cote de niveau), mais parfois aussi de moyens qu'on pourrait qualifier d'artificiels (méridien, parallèle, souvent utilisés pour marquer des frontières traversant des régions où les phénomènes naturels pouvant servir de repères n'existent pas ou sont peu marqués — mers, glaces, déserts —, ou mouvants — dunes, deltas —, ou mal connus — la carte de l'Afrique, par exemple, porte encore des traces nombreuses du fait que ce continent était mal exploré à l'époque où les puissances coloniales se le sont partagé).

Le repérage devient moins immédiat si ce qu'on nous donne à définir est une collection d'objets dont on ne nous montre que des échantillons : l'eau, le fer, l'homme. Il ne s'agit pas alors de marquer tous ces échantillons en tant qu'objets singuliers (c'est-à-dire de faire d'un individu-collection, comme « les Rubens du musée de la Ville d'Anvers », ce que nous avons vu faire d'un individu simple). Certes, le repérage de l'ensemble à définir commence par eux mais il nécessite une seconde opération permettant de passer de ces échantillons à ce qu'ils sont supposés représenter. Cet ensemble n'est plus une chose individuelle, mais un type non nécessairement limité à un nombre connu d'exemplaires caractérisés individuellement. Ce type n'est repérable que d'après le modèle des échantillons produits. Par conséquent, la définition du type ainsi désigné ne peut consister que dans l'ensemble des caractéristiques intrinsèques communes à ces échantillons. C'est affaire au questionneur de s'assurer si les échantillons ont bien été

choisis de manière à pouvoir représenter cet ensemble. Le problème soumis au définisseur est seulement de caractériser celui-ci à partir de ceux-là. Etant donné la façon dont le type est repéré, on ne voit pas comment des caractéristiques extrinsèques pourraient encore être utilisées. Il résulte de tout cela que si les échantillons n'ont aucun caractère intrinsèque commun, l'ensemble prétendument désigné par eux est indéfinissable.

On objectera peut-être que les objets présentés comme échantillons d'un ensemble à définir ont nécessairement un ou plusieurs caractères communs et que par conséquent un ensemble ainsi repéré n'est jamais indéfinissable. Les échantillons, si différents soient-ils, ont en effet en commun quelque trait général comme d'être tous des solides, ou des choses matérielles, ou des événements réels; au minimum ce sont tous des « choses qui existent ». Mais alors l'ensemble qu'ils désignent ne peut se définir non plus que d'une manière très générale, à la limite comme l'ensemble des choses qui existent. Or il arrive que le questionneur, lorsqu'il demande de définir un ensemble d'après des exemplaires qu'il produit, veuille dire : un ensemble distinct des autres réalités (et parfois même : distinct des autres réalités de telle catégorie). S'il est disposé à préciser ainsi sa question, nous pouvons admettre qu'elle suppose l'existence d'un ensemble définissable comme distinct des autres réalités, de sorte que si l'on ne trouve pas de réponse à cette question, c'est peut-être parce qu'il n'y en a pas, les échantillons produits ne représentant, attendu leur diversité, que l'ensemble des choses qui existent.

Quoique nous ayons déjà rencontré bien des difficultés depuis que nous sommes partis du cas le plus simple, il en reste à découvrir dans le problème de la définition du droit qui étaient absentes des questions examinées jusqu'ici. C'est qu'il est différent de caractériser un objet individuel ou un type repérés sans contestation (repérés au moyen d'un geste ou d'un mot désignant sans équivoque l'objet à définir ou désignant de même les échantillons représentant le type à définir) ou de caractériser un objet individuel ou un type désignés par un mot dont le sens est discuté. Il en va ainsi par exemple des types désignés par les mots justice, malveillance, solidarité, génie, droit. L'important, notons-le bien, n'est pas simplement que ces vocables aient plusieurs sens, car leur polysémie peut être clairement perçue par tous ceux qui les emploient. Par exemple, le terme droit dans « j'ai le droit de ... » et dans « le droit français me permet de ... »

n'a le même sens, nous semble-t-il, pour personne. En un certain sens, ce n'est pas le même mot. La difficulté dont nous parlons tient plutôt au fait que les emplois de « droit », même lorsqu'il est clair pour tous qu'ils renvoient à un « droit objectif » et non à un « droit subjectif », ne se réfèrent toutefois pas à la même chose pour tous ni même pour chacun à tout moment. Sans compter qu'on emploie parfois « droit » dans un sens flou.

Nous touchons ici à une distinction fondamentale entre deux façons de comprendre la question : « qu'est-ce que le droit ? ». Deux façons entre lesquelles on peut hésiter même s'il reste entendu qu'on parle de droit « objectif » et non « subjectif ». D'après la première, il s'agit seulement de dresser l'inventaire des acceptions (floues ou précises) dans lesquelles le terme se trouve employé par telles personnes. Si celui qui nous a demandé ce qu'est le droit, ou de définir le droit, se contente d'une telle réponse, bornée à lui décrire dans quels sens « droit » est entendu par les uns et les autres à tels moments et dans tels contextes, c'est qu'il entendait la question de cette façon. Mais il en est une autre, qui est par où le problème dit de la définition du droit embarrasse le plus. Il ne faut pas l'éluider. Par « qu'est-ce que le droit ? » ou « définissez-moi le droit », on veut parfois dire : « ceux qui parlent de droit (objectif) ont à l'esprit certaines représentations dont je vous demande de me dire non seulement quelles elles sont, mais s'il y correspond une réalité qui leur soit extérieure, ou plusieurs réalités extérieures, et si oui, je vous demande de la ou de les caractériser ». Bien entendu, le mot réalité, dans cette formule, peut désigner un type dont il existe des échantillons : il ne désigne pas nécessairement un objet individuel. Pour répondre à une telle question, il faut se livrer à plusieurs opérations : repérer d'abord les représentations qu'éveillent tels emplois du mot droit (ce qui est une certaine façon de « définir le droit »); chercher ensuite, dans ces directions, s'il existe des réalités extérieures à ces représentations et, si l'on en trouve, caractériser ces réalités, c'est-à-dire y relever des traits qui permettent de les distinguer de toute autre (ce qui est une autre façon de comprendre : « définir le droit »). Cette caractérisation peut devoir être plus fouillée, plus précise, que ce qui résultait de la seule description des sens peut-être flous dans lesquels le mot droit est entendu.

Dans la première façon de comprendre la question « qu'est-ce que le droit ? », il s'agit de savoir ce que signifie une entité distincte de

« doigt », de « roi », et de « droit » dans « côté droit », dans « droit de réponse » ou dans « droit de suite », sans chercher si cette signification correspond à une réalité extérieure au fait psychique qu'elle constitue. A la limite, il se pourrait qu'elle soit pure création de l'esprit humain, mirage ou hallucination. Pour être ainsi indépendante du monde extérieur, cette notion n'en serait du reste pas moins réelle, à la façon d'un rêve ou d'une pensée. Il est donc certain que la notion de droit que la plupart ont à l'esprit peut déjà faire l'objet d'une étude psychologique et sociologique la considérant en elle-même sans s'interroger sur ce qui y correspond dans le reste du réel.

Dans la deuxième façon de comprendre la question de la définition du droit, les sens attribués au mot sont pris non pour eux-mêmes, mais afin de déterminer une région du réel à explorer. C'est à la question ainsi entendue que nous nous intéresserons.

Nous avons dit que ce repérage de l'objet (ou des objets) à caractériser (et en ce sens particulier à définir) se trouvait compliqué par le fait que le mot droit employé ici et là et d'où il faut bien partir n'est pas univoque, même lorsqu'il est entendu qu'il ne s'agit pas de ce qu'on appelle droit subjectif. Toutefois, la question de la définition du droit ainsi conçue n'est pas imprécise à tous égards.

D'abord, lorsqu'on demande de cette façon à quelqu'un de dire ce que c'est que le droit (comme lorsqu'on demande ce qu'est la justice ou le génie), on lui suppose la croyance à l'existence de réalités extérieures pouvant porter ce nom-là. On fait autre chose que lorsqu'on demande à un romancier de « science-fiction » de décrire et de caractériser un état social ou psychique dont il parle dans ses œuvres *comme si* cet état naissait réellement sous l'influence d'un cataclysme ou d'une drogue qu'il imagine, mais dont il sait fort bien, cependant qu'il en parle ainsi, qu'il existe uniquement dans son imagination.

Ensuite, on ne demande pas de décrire *n'importe quelle* réalité pourvu qu'il plaise à la personne interrogée de l'appeler droit; on lui demande de décrire une réalité correspondant à ce qu'on appelle droit. En d'autres termes, il y a là, de la part du questionneur, une référence implicite à des sens courants du vocable droit, sens usuels dans tel milieu, à telle époque, et attachés au vocable lorsqu'il est utilisé dans tels contextes (« appliquer le droit », « transgresser le droit », etc.). C'est de là, non d'ailleurs, qu'il faut partir.

Mais, objectera-t-on, ces sens courants n'ont cours qu'à tel endroit à tel moment; ailleurs, ou en d'autres temps, le mot droit a un sens différent; plus loin encore, il n'en a aucun: ne risquons-nous pas dès lors de voir notre exercice de définition déboucher sur un phénomène local? un phénomène propre à la culture occidentale contemporaine, inconnu des sociétés que le temps ou l'espace éloigne de nous?

Il faut s'entendre: la réalité que nous cernerons peut exister partout et à toute époque, bien qu'elle porte ici et là des appellations diverses, et quoiqu'elle ne soit peut-être même pas perçue partout comme une chose homogène et distincte. Il y a bien un phénomène local, mais ce n'est pas la réalité (ou les réalités) à quoi nous aboutirons en partant de sens courants du mot droit: c'est seulement le fait que cette réalité est perçue par beaucoup comme distincte et porte dans leurs discours le nom de droit. Rien ne nous oblige, une fois que nous l'aurons trouvée, à en voir, à en penser, à en dire uniquement ce que le milieu où nous nous trouvons vivre en voit, pense ou dit. Nous pouvons l'examiner, une fois repérée grâce au nom de droit, partout où elle se trouve sous quelque nom que ce soit.

Voyons ce ou ces sens usuels. La question nous dit qu'il faut partir d'un ou plusieurs d'entre eux, mais non desquels, alors qu'il y en a plusieurs.

Dans les livres et les propos dont l'auteur de ces lignes a connaissance, « droit » prétend presque toujours désigner non seulement une réalité extérieure aux représentations de celui qui prononce le mot, mais une partie distincte du reste de cette réalité extérieure. Accepter dans ces conditions de répondre à la question « qu'est-ce que le droit ? » impose donc de faire comme si l'existence d'une frontière qu'on cherche entre le droit et le non-droit n'était pas douteuse: comme si l'on pouvait être assuré que le terme droit correspond à une réalité distincte des autres, quand on ne sait pas encore laquelle, et disputer de la consistance du droit sans remettre en question la spécificité du juridique. Nous essayerons de résoudre toutes les difficultés que nous rencontrerons comme si elles ne s'expliquaient pas par l'absence d'une telle spécificité. Mais si nous ne parvenons pas à les résoudre, il faudra admettre que ces difficultés s'expliquent peut-être par la fausseté du présupposé que le droit existe comme réalité distincte des autres réalités extérieures, du présupposé qu'il y a une réponse à la question de la nature du droit.

De plus, ces mêmes livres et ces mêmes propos dont nous avons connaissance et qui nous renseignent sur les sens courants du mot droit nous parlent, sous ce nom de droit, d'un type et non d'une chose individuelle. Type composé de toutes les réalités présentes et à venir conformes à un modèle que l'on croit déterminable. La définition demandée doit donc être telle qu'elle puisse éventuellement s'appliquer à un phénomène inconnu à ce jour, voire à un phénomène nouveau qui ne naîtrait que demain. De sorte que lorsqu'on demande une définition du droit, on pose la question de savoir si le droit a une nature propre et quelle est cette nature, et l'on suppose par là non seulement que la réponse prétendra caractériser une réalité distincte des autres et extérieure aux représentations de ceux qui en parlent, mais en outre qu'il s'agit d'une réalité distincte *par elle-même*. Toute réalité est certes distincte en ce sens qu'elle n'est identique à aucune autre, qu'elle n'est aucune autre, mais toute réalité n'est pas distincte si l'on entend par distinct que les traits permettant à l'observateur, dans l'état actuel des moyens d'investigation, de la reconnaître en toute circonstance, font inséparablement partie d'elle.

Précisons plus avant ces acceptions usuelles dont nous avons connaissance, et par lesquelles il faut passer pour repérer la réalité à caractériser pour répondre à la question: « qu'est-ce que le droit ? ».

Il nous semble qu'on parle souvent, autour de nous, sous ce nom de droit, d'abord de règles quelconques quant à leur contenu, sanctionnées par un pouvoir étatique, par l'Eglise ou par la communauté internationale. Mais il arrive aussi qu'on désigne par « droit » (souvent alors avec un D majuscule) un précepte ou un ensemble de préceptes qui ne sont pas nécessairement sanctionnés par un pouvoir: une sorte de loi morale jugée supérieure aux lois en vigueur, et tendant à un bien tel que la justice, la tranquillité publique, l'harmonie, etc. (sens très fréquent autrefois, et qui paraît encore aujourd'hui dans certaines circonstances, notamment au milieu de déclarations solennelles et de protestations indignées, comme lorsqu'un parti déclare « agir pour la défense de la Civilisation et du Droit », contre d'autres qui se rendent coupables, étant au pouvoir, de « violations du Droit », de gouverner « au mépris du Droit », etc.). On entend encore couramment par « droit » l'une ou l'autre combinaison de ces deux choses: des préceptes à la fois conformes à cette morale supérieure et sanctionnés par le pouvoir étatique ou par les autres pouvoirs que nous avons mentionnés; ou des préceptes sanctionnés par ces pouvoirs, plus

quelques-uns qui ne le sont pas mais que l'Etat (ou l'Eglise, ou la communauté internationale) n'a du moins pas contredits, etc.

Dans tous les cas, les règles ou préceptes sont censés prescrire une conduite A à des êtres humains (ou un ensemble A de conduites pouvant aller jusqu'à : n'importe quelle conduite autre que la conduite B), sans nécessairement obtenir une obéissance entière. Ces règles ne se réduisent toutefois pas à n'être que de simples phrases, de simples énoncés sans influence. Ceci pourrait être contesté car on entend dire : « Le code d'Hammourabi a été découvert en telle année, il est conservé à tel endroit » : or on ne parle alors que d'une stèle; « Pour présenter l'examen de droit du travail, les étudiants sont priés d'apporter la loi sur le contrat de travail » : on ne parle que de feuillets imprimés; de même lorsqu'on s'écrie : « Où est passé cet arrêt ? Je l'avais encore hier sur mon bureau », ou « Voici un recueil complet : tout le droit belge y est ». Mais dans de tels contextes, « droit » (comme du reste « loi », « arrêt », « code », etc.) est sciemment utilisé par métonymie, la personne qui parle sachant bien que le « vrai » droit ne se réduit pas à l'objet matériel appelé ici droit par souci de brièveté. Les exceptions sont rares.

Dans d'autres contextes, « droit » est encore utilisé par métonymie pour désigner non plus ces instruments matériels de l'expression, mais l'expression elle-même : ainsi lorsqu'on parle d'analyser le langage et le style juridiques, ou le langage et le style de telle partie d'un droit (le code civil, par exemple), on veut dire le langage et le style utilisés dans l'expression du droit. On ne pense pas généralement que le droit se réduise à cette expression. Cependant, sur ce dernier point, le sens usuel est plus hésitant. Certains propos montrent que l'on confond parfois le droit et son expression. Mais si nous demandons à l'auteur de tels propos de confirmer cette identité qu'il vient d'affirmer implicitement sans trop s'en rendre compte, il la nie, à notre connaissance, presque toujours. Il se refuse à soutenir qu'on puisse toujours reconnaître qu'un énoncé est du droit ou n'en est pas rien qu'à observer la façon dont les choses y sont exprimées, sans savoir qui les exprime et dans quelles circonstances, de sorte que si n'importe lequel d'entre nous s'amusait à rédiger une constitution ou un code absurde pour un Etat imaginaire, mais à les rédiger en la forme, il créerait du droit.

Nous touchons ici en un point au fait très général que ceux qui usent du mot droit ou qui le lisent ou l'entendent n'ont souvent qu'une

conscience vague de son sens, ne pensent pas précisément à ses contours, n'aperçoivent pas constamment qu'on l'emploie couramment, et qu'ils l'emploient eux-mêmes, pour désigner des choses différentes (où la justice, le pouvoir en général, et en particulier l'Etat, jouent un rôle variable). Leur pensée confond par moments ces acceptions ou flotte de l'une à l'autre. Ils croient volontiers que le mot désigne une seule chose, et qu'il leur suffirait de concentrer leur attention pour en retrouver les contours exacts.

Ce ou ces sens usuels que nous venons de décrire, nous les avons enregistrés au cours de nos lectures et en écoutant parler autour de nous. On pourrait par un sondage ou par divers autres procédés d'investigation vérifier si nous avons bien observé, et chercher à savoir précisément à quel endroit, dans quels milieux, à quelle époque ces acceptions dominent, et quelles autres acceptions l'emportent en des endroits, à des moments et dans des milieux différents. On n'y gagnerait d'intéressant pour le présent travail que ce qu'on sait déjà : ces acceptions varient. Elles varient jusque chez un même individu d'un moment à l'autre suivant ce qui l'a le plus impressionné en dernier lieu et suivant la précision qu'on exige de ses réponses. Cet exercice de définition auquel nous allons nous livrer en partant des acceptions usuelles que nous venons de relever, on doit pouvoir le refaire sur d'autres données, c'est-à-dire en partant d'autres acceptions. C'est la méthode de traitement de ces données qui nous importe ici. Il reste que, pour répondre à la question de la nature du droit, nous devons considérer les sens usuels que nous avons décrits comme étant quelque part ceux qui dominent effectivement. Supposons-le donc : notre conviction à cet égard est suffisamment forte pour qu'il nous paraisse oiseux de nous livrer à une enquête permettant de remplacer cette supposition par une affirmation. Nous devons naturellement reconnaître que si le cheminement que nous allons suivre vaut pour d'autres travaux, la validité de la définition à laquelle nous aboutirons dépend d'une supposition et cette définition ne s'impose donc pas à qui refuserait d'admettre cette supposition que l'acception usuelle est bien dans certains milieux telle que nous l'avons exposée.

Le ou les sens courants étant décrits, il reste à chercher parmi les réalités distinctes par elles-mêmes s'il en est qui répondent à ce signallement. Si aucune ne lui correspond, la définition du droit n'est pas possible. (Il en va ainsi notamment lorsque le sens courant est incohérent car si l'on nous dit que telle chose revêt toujours tel caractère

et en même temps s'en trouve parfois dépourvue, nous en concluons qu'il n'existe sûrement pas de chose réelle qui corresponde exactement à un tel signalement.) Cependant cette affirmation doit être nuancée. Les sens courants sont presque toujours trop vagues pour qu'aucune réalité caractérisée avec précision puisse correspondre parfaitement avec aucun d'eux. Ils conduisent à plusieurs réalités qu'ils confondent à cause de leurs ressemblances ou de leur fréquente association, mais qui sont distinctes.

Cette méthode conduit à rejeter un grand nombre de définitions du droit mais non peut-être à en découvrir une qui mérite seule d'être considérée comme vraie, à les rejeter toutes sauf une. Dans la mesure où les sens courants sont imprécis, fluctuants, ou incohérents, il se peut qu'on ait le choix entre plusieurs façons également cohérentes de les corriger. On aboutirait ainsi à plusieurs réalités distinctes qui, ne se trouvant pas plus éloignées les unes que les autres des sens courants du mot droit, pourraient toutes porter ce nom, quitte à ce qu'il faille prendre certaines précautions afin d'éviter de les confondre. Et même si tous les efforts de définition rigoureuse ne pouvaient aboutir qu'à une seule et même réalité, peut-être pourrait-on relever, en se plaçant sous des angles de vue différents, plusieurs traits ou ensembles de traits suffisants pour distinguer cette réalité des autres, et par conséquent, dans cette hypothèse déjà, plusieurs définitions.

Précisons en passant que lorsque nous parlons ainsi de corriger le ou les sens courants, nous n'entendons pas toucher à leur formulation en tant qu'elle exprime une idée. Celle-ci, même illusion ou aberration, et même vague, ne laisse pas d'être une réalité psychique intéressante en elle-même. Mais d'autre part on peut la prendre aussi, et nous la prenons, comme une esquisse à partir de laquelle se dessinera trait par trait la caractérisation précise d'une ou plusieurs autres réalités, et c'est en cette qualité d'ébauche provisoire que nous pouvons parler de la corriger.

Nous pouvons à présent, pour récapituler ce que nous avons observé en nous faisant diverses questions sur la question « qu'est-ce que le droit ? », expliciter celle-ci de la manière suivante : « Comment caractérisez-vous, par un trait ou un ensemble de traits qu'elles portent en elles-mêmes, le ou les types de choses dont vous croyez qu'elles existent dans la réalité extérieure à la représentation que vous en avez et qu'elles sont distinctes par elles-mêmes du reste de cette réalité,

types aussi proches que possible de ce qu'on appelle droit lorsqu'on dit : étudier le droit, dire le droit, élaborer le droit, respecter le droit, transgresser le droit ? »

Libre au lecteur de s'exclamer : « Je ne savais pas que je voulais dire tant de choses, quand je demande à quelqu'un de me définir le droit ! » Nous n'essayerons pas de lui prouver que même s'il ne s'en rendait pas compte, il pouvait dire toutes ces choses implicitement. Nous nous contenterons de lui faire savoir qu'en tout cas c'est ainsi que pour notre part nous entendons la question « qu'est-ce que le droit ? » ; que si ce n'est pas là le seul sens que cette question puisse revêtir, c'est du moins celui dans lequel nous comptons nous y intéresser ; que c'est donc en tout cas à cette question explicite que nous venons de dégager que nous tenterons de répondre, et nous lui demanderons de bien vouloir considérer la question « qu'est-ce que le droit ? » comme un résumé approximatif de cette question explicite, résumé dont nous nous servirons désormais, par souci de brièveté, pour la désigner.

Nous ferons une dernière remarque sur la définition : quels sont la portée et l'intérêt d'un tel exercice ? Les contours d'une notion par laquelle on veut représenter quelque chose de réel offrent ceci de malencontreux qu'à la discontinuité qu'ils introduisent entre cette notion et ses voisines peut correspondre, du côté du réel, une discontinuité moins marquée ou même une continuité. On est rarement certain que les éléments recouverts par une notion diffèrent moins entre eux que chacun d'eux avec d'autres éléments, exclus de justesse de la compréhension de cette même notion. Même là où le réel juxtapose des éléments différents et présente ainsi de lui-même des limites qu'il semble nous inciter à reproduire dans l'élaboration des concepts, on observe à regarder de plus près ces limites d'apparence linéaire qu'il existe souvent toute une zone intermédiaire au lieu de la simple ligne de séparation qu'on avait cru voir. Indépendamment de cela, c'est à tort que ces limites nous font espérer d'atteindre une définition dont aucun trait ne soit imaginaire. La définition, même établie à des fins scientifiques, demeure une construction puisqu'elle élit dans le réel certains traits parmi bien d'autres pour dessiner en les soulignant son objet. C'est là peut-être à quoi pense Gurvitch, lorsqu'il avance que la définition du droit (concept dont il reconnaît que la sociologie

juridique a besoin, notamment parce qu'elle étudie le rapport fonctionnel entre les réalités sociales et les espèces de droit) relève non de la science sociologique elle-même, mais de la théorie ou philosophie du droit, parce qu'elle est un construit, au lieu d'être une donnée immédiate ou un contenu de la perception⁽¹⁾.

Mais si toute définition est par là dans une certaine mesure arbitraire, notre esprit ne peut se passer de cette opération. Il n'est pas capable de bien contempler la réalité, du moins en un premier temps, autrement que par fragments : il ne lui reste qu'à la découper d'abord, s'il veut pouvoir l'analyser sans confusion (il y a, en des matières comme celle-ci, une tendance à traiter de tout à la fois qui serait moins répandue si chacun connaissait ses limites et n'avait pas la prétention de trancher sans devoir surmonter l'impatience ni la négligence). Enfin, un découpage soigné et raisonné vaut mieux qu'un découpage quelconque, parce qu'il constitue déjà lui-même un exercice qui force à observer les choses avec précision.

(1) G. GURVITCH, *Sociology of Law*, Londres, Kegan Paul, Trench, Trabner Ltd, 1947, p. 41.

CHAPITRE XI

La notion de norme juridique comme simple point de départ

Nous avons vu que les définitions du droit les plus courantes varient, notamment suivant qu'elles assignent ou non au droit un but, et suivant ce but. Elles ne se ressemblent peut-être que sur un seul point. Qu'on appelle droit un système de normes habilitées, un ensemble de prescriptions qui aménagent de façon impérative les relations des hommes entre eux, une réglementation en vue de permettre la vie en société, une organisation s'exprimant notamment par des ordres, un ensemble de commandements ou de préceptes visant à assurer un ordre social : il est toujours question d'une chose appelée norme, prescription, règle, ordre ou commandement, termes dont on devine assez le sens pour sentir qu'ils sont à peu près synonymes ... et aussi pour les utiliser le plus souvent sans les définir. C'est à croire qu'on répugne à analyser leur signification; nous verrons, à la fin de cet ouvrage, ce qui peut inspirer une telle crainte. Quoi qu'il en soit, le danger, du point de vue scientifique, est évident, d'entreprendre la description d'un ensemble avant d'avoir observé ses plus petits éléments. A la vérité, normes, règles, etc. sont des termes faussement clairs. Ils méritent un examen approfondi. Si l'on nous permet une image, nous dirons même que ce qui fait le plus défaut en théorie du droit est l'examen microscopique. La plupart des traités de droit, si diserts pour distinguer plusieurs sortes de règles et en étudier les rapports, hiérarchiques ou non, demeurent sensiblement plus discrets sur ce qu'est la règle elle-même.

Sans doute sait-on d'emblée que norme, règle, prescription, ordre, commandement, directive, etc. coïncident à peu près, pour autant qu'on puisse le dire de notions floues. Elles diffèrent peut-être un peu quant au genre d'impérativité qu'elles indiquent. Mais précisément elles se réfèrent toujours à un impératif, à quelque chose de plus qu'une fréquence pure et simple; et l'on sait aussi que les diffé-

rences sont plus marquées dans l'emploi de ces mots que dans leur sens. Nous nous intéresserons avant tout à ce que ces termes ont de commun, puisqu'il y a là un élément qui figure dans toutes les définitions courantes du droit.

On voit que si nous attaquons le problème de la définition du droit par le biais des normes, ce n'est pas du tout en vertu d'un présupposé que le droit se composerait uniquement de normes. Il est bon d'y insister parce que plusieurs auteurs voient dans le droit quelque chose de plus que celles-ci (le corps social organisé, par exemple). En commençant par examiner les normes, nous ne prenons pas encore parti sur ce point car nous ne nous interdisons nullement de découvrir ensuite cet autre élément, s'il existe.

Qu'est-ce donc qu'une norme juridique ?

Il ne faut pas y réfléchir longtemps pour se douter qu'il s'agit d'une notion complexe. Aussi nous ne l'appréhenderons pas globalement d'emblée, mais nous chercherons plutôt à l'aborder par un seul de ses éléments. Commençons donc par y regarder de plus près afin d'isoler cet élément, entamant par là l'examen de la norme comme nous avons fait par la norme l'exploration du droit.

CHAPITRE XII

Intérêt de commencer par définir la norme moins la sanction

C'est peut-être la question la plus tourmentée de la théorie générale du droit que le rôle rempli par la notion de sanction dans la définition du phénomène juridique. Toujours dans le souci d'aborder les problèmes par leur côté le plus pacifique, pour progresser ensuite vers des difficultés déjà plus circonscrites, nous examinerons pour commencer la norme moins la sanction. C'est-à-dire : rien, si la norme n'était que sanction; la norme tout entière, si la sanction n'en était pas un élément essentiel; une partie de la norme, dans les autres hypothèses.

CHAPITRE XIII

La norme juridique contient un vœu

Si l'on explore la « norme juridique » en différant de traiter le problème de la sanction, on rencontre premièrement un vœu.

Une norme n'est pas qu'un vœu, certes; cela est si évident qu'en cherchant d'abord quelles relations elle entretient avec lui, on peut paraître s'attarder à côté de l'essentiel. Commençons toutefois par vérifier si la norme est, entre autres choses, toujours un vœu, auquel cas nous serions assuré d'en tenir du moins un élément.

Déjà à ce premier pas, des doutes s'élèvent, et c'est Kelsen qui les oppose. Tant il est vrai que la lecture de cet auteur extraordinaire est féconde, jusque dans les endroits où l'on hésite le plus à le suivre. Prenons l'exemple du vol. L'expression habituelle de la norme juridique qui le concerne est du type : *il est interdit de voler, sous telle peine*. Pour Kelsen, la signification juridique de cette expression n'est pas : *on veut, sous telle peine, que vous ne voliez pas*. L'expression la plus pure de cette norme est bien plutôt, selon lui : *si vous volez, il doit se produire telle conséquence de droit* ⁽¹⁾. Or cette formule ne comporterait, toujours d'après cet auteur, aucune allusion à un vœu. Elle n'exprimerait qu'un *Sollen* alors que le vœu relève comme *fait* (psychique) du domaine du *Sein*. Il y a bien sans doute un vœu (*ne volez pas*) à l'origine de ce *Sollen* mais, distingue Kelsen, ce n'est pas parce qu'un devoir être naît d'un fait qu'il est ce fait. Le vœu demeurerait extérieur à la norme juridique et ferait, tout au plus, une « norme secondaire », non proprement juridique. La norme juridique se bornerait à établir un certain lien entre un fait-condition de droit (le vol, que le pouvoir veut éviter) et un fait-conséquence de droit (la sanction). Il ne s'agirait pas du lien de causalité, propre au monde

⁽¹⁾ Spéc. *Reine Rechtslehre*, 1^{re} éd., cit. *supra*, 1934, p. 30; 2^e éd., dans la traduction française d'Eisenmann, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 106.

du *Sein* et reliant entre eux les faits, ses éléments : on peut voler sans être puni, voire être puni sans avoir volé. Chacun conviendra pourtant que le vol n'est pas un fait sans lien aucun avec la punition. Ce lien, il faudrait le chercher ailleurs que dans le *Sein* : au domaine en quelque sorte parallèle du *Sollen*, le seul où il se trouverait, comme le lien de causalité par lequel un fait en produit un autre n'aurait cours que dans le *Sein*. Cette relation propre au domaine du *Sollen* consisterait en ce que, si toutes les normes du monde ne peuvent faire qu'un vol entraîne toujours une punition, les normes donnent bien au vol cette conséquence qu'on *doit* être puni (rapport non plus de cause à effet mais d'« imputation » : *Zurechnung*).

Ce qui est vrai, c'est que les textes généralement considérés comme juridiques s'expriment souvent sans *apparence* de vœu. A la lettre, dire « l'assassin sera puni de mort » n'indique pas le souhait que l'on s'abstienne d'assassiner. Mais de ce qu'un souhait n'apparaît pas dans l'expression du droit, s'ensuit-il qu'il soit absent du droit lui-même ? Observons qu'on pourrait aller loin à ce compte : la norme portant que l'assassin sera condamné à mort pourrait être entendue comme signifiant qu'on peut fort bien assassiner mais que l'assassinat, de même que bien d'autres choses licites, a simplement son prix ; que licite n'est pas synonyme de gratuit. Mais une même règle de droit ne peut-elle s'exprimer de plusieurs manières ? « Tout assassinat est interdit » ou par « qu'on se garde d'assassiner, sous peine de mort » ? Peut-on soutenir que ces phrases distinctes expriment des normes différentes ?

Nous avons dit que toute norme juridique, à en croire l'acception usuelle, prescrivait une conduite, et que cette conduite pouvait être désignée abstraitement comme un ensemble A formé d'une ou de plusieurs conduites. Nous avons ajouté que A pouvait même signifier : n'importe quelle conduite autre que B. Cette dernière précision nous permet d'appliquer non seulement aux règles qui commandent, mais aussi à toutes celles qui interdisent, cette idée générale que toute norme juridique prescrit une conduite. En effet, celles qui interdisent peuvent être formulées comme commandements d'adopter quelque attitude que ce soit sauf l'attitude interdite. Notons que s'il est permis de dire que toute norme prescrit, il l'est tout autant de dire que toute norme interdit. Celle qui prescrit d'adopter n'importe quelle attitude autre que B interdit B, et celle qui prescrit une conduite

unique A interdit toute attitude autre que A, y compris l'abstention de A. On objectera qu'il est douteux qu'une norme puisse prescrire une attitude unique, parce qu'il y a toujours plusieurs façons de s'y prendre pour faire ce qu'on appelle « une » chose, pour obéir à l'ordre d'adopter « une » conduite. Nous nous corrigerons donc en disant que la norme qui prescrit un ensemble plus ou moins restreint A interdit l'abstention de toutes les conduites A.

Ainsi donc toute norme semble diviser l'ensemble des comportements possibles en deux catégories, celle où il est commandé et celle où il est interdit de se placer. C'est le vœu qu'on adopte un des comportements compris dans la première ou qu'on s'abstienne de ceux qui figurent dans la seconde qui se trouve dans la norme. S'il ne s'y trouvait pas, il ne pourrait servir à la caractériser et nous ne pourrions maintenir ce qui est la thèse de ce chapitre. Il en deviendrait arbitraire de régler notre emploi des expressions « norme juridique » et « règle de droit » sur le langage courant en ce que celui-ci refuse le nom de droit à certaines dissuasions et l'accorde à d'autres, car les unes et les autres diffèrent uniquement par l'intention. Celle-ci permet seule en effet de distinguer la sanction pécuniaire frappant un délinquant de l'impôt qu'un contribuable paie. Dans les deux cas, certes, on dit qu'il existe une norme, laquelle oblige à payer l'amende ou l'impôt. Mais on ne dit pas que la perspective de devoir l'impôt si l'on se livre à telle opération est une norme interdisant cette opération, alors qu'on dit que la perspective de devoir l'amende si l'on adopte telle conduite indique une norme interdisant cette conduite. L'amende est l'instrument par lequel on espère dissuader d'adopter une conduite, au lieu que l'intention principale du fisc n'est pas d'éliminer le comportement taxé, si même le désir de recouvrer des ressources pour alimenter les finances publiques s'accompagne quelquefois du désir plus ou moins sincère de freiner ledit comportement. A ne pas considérer le vœu, il faudrait admettre qu'un Etat fait la même chose, soit qu'il frappe une contravention d'amende ou qu'il lève un impôt sur des revenus, sur une vente, sur la possession d'un immeuble. Il faudrait ou bien dire qu'il existe dans tous ces cas une norme juridique interdisant le fait auquel l'obligation de payer une somme d'argent est attachée : commettre la contravention, percevoir le revenu taxé, vendre, posséder un immeuble, ou bien que toutes ces conduites restent permises, y compris l'acte que nous avons appelé contravention : permission simplement accompagnée d'un impôt prélevé sur

ceux qui l'accomplissent. Pourquoi ne pas dire que l'Etat donne licence de commettre ce qu'on appelle délit, tout en percevant une taxe appelée amende, ou que l'Etat réprime le fait de gagner sa vie, de vendre ou d'acheter un objet chaque fois que de tels faits sont frappés d'une taxe, quel que soit le nom de celle-ci ? C'est que le sens commun s'en trouverait heurté : il veut qu'on parle de norme et de sanction dans le premier cas, et que ces termes soient évités dans le second (du moins si l'on parle du comportement qui donne lieu à impôt, et non de l'interdiction de refuser celui-ci lorsque le comportement s'est produit). Il veut donc que ce qui distingue, parmi les attitudes dissuasives qu'un pouvoir prend envers un comportement donné, la norme juridique d'une mesure autre qu'une norme juridique, soit l'intention. Il veut donc que l'intention soit comprise dans la notion de norme juridique.

Qu'importe le sens commun, objectera-t-on : mérite-t-il tant d'égards ? Son nom même nous le présente-t-il comme quelque chose de plus que l'étroite part de bon sens dont personne n'est dépourvu ? Nous répondons en renvoyant à ce que nous avons dit de l'acception usuelle des mots et du parti qu'il convient d'en tirer en matière de définition. Remarquons d'autre part que, si ces intentions que le sens courant du terme droit nous conduit à distinguer sont différentes, elles ne sont pas inconciliables. Elles peuvent se mettre ensemble pour inspirer des décisions mixtes. C'est pourquoi nous avons parlé d'intention principale. Un gouvernement qui taxe l'alcool et les cigarettes éprouve peut-être parfois réellement le désir (qu'il peut en tous cas rarement s'empêcher de proclamer vertueusement) de combattre une consommation malsaine. Mais comme il élève la taxe progressivement au lieu de la multiplier soudain par dix ou par cinquante, ce qui serait autrement efficace pour la santé de la population (sauf contrefaçons ou substituts dangereux), une telle mesure, face à un besoin renforcé par l'habitude, est au moins autant de nature à accroître les rentrées qu'à produire une dissuasion d'ailleurs ruineuse dans l'immédiat pour le Trésor.

Chacun peut s'exercer à trouver d'autres exemples. Bornons-nous à celui de ce conquérant musulman qui recommandait aux gouverneurs des provinces nouvelles de ralentir le rythme des conversions afin de ne pas tarir trop rapidement les capitations imposées à certains infidèles, alors que celles-ci avaient été instituées pour inciter par la douceur ces populations à entrer dans le droit chemin et accomplir

par là le dessein pieux dans lequel les conquêtes avaient été entreprises.

Nous venons de rencontrer une opinion qui niait la part du vœu dans la norme. En voici une autre, plus répandue, et qui croit y voir des vœux qui ne s'y trouvent pas.

Lorsqu'une norme pose que celui qui est en défaut de remplir une obligation doit subir une sanction, elle manifeste en réalité : 1° le vœu au service duquel cette sanction est prévue et 2° celui que la sanction se produise à la condition indiquée. Le premier vœu est qu'on s'abstienne de la conduite à laquelle la norme attache la sanction. Son interprétation est souvent discutée. C'est alors un avantage très estimé, pour qui défend sa version, que de pouvoir invoquer en sa faveur quelque chose comme le « but de la loi », l'« intention du législateur » ou la « direction de la protection légale ». Ce sont là des sortes de vœux dont on cherche à établir l'existence en recourant aux travaux préparatoires, en produisant l'exemple d'autres règles, ou par d'autres moyens. Or, ces vœux sont fréquemment plus larges que le vœu impliqué par la norme juridique considérée. Ainsi celui-ci, à son tour, peut faire partie, 3° d'un vœu plus général, qu'une telle norme ne juridifie pas tout entier. C'est donc parfois sans fondement proprement juridique, ni *a fortiori* légal, que des interprètes prétendent appliquer en vertu d'une loi une solution que le texte ni ses implications logiques n'imposent pas. Ils raisonnent comme s'ils pouvaient faire entrer dans la loi la totalité de ce qu'on appelle but de la loi ou intention du législateur, y compris ce vœu général entourant et expliquant la norme, mais en partie demeuré hors norme (à quoi reconnaît-on cette partie ? Sans doute à ce que sa méconnaissance n'est pas sanctionnée par la règle en question; mais nous anticipons). Il y a méprise entre ce premier et ce troisième vœux, toutes les fois qu'on prétend trouver dans la norme elle-même une solution souhaitée par son auteur mais non juridifiée : dans la loi elle-même, par exemple, une solution que le législateur trouve bonne mais n'a pas légalisée.

Nous n'affirmons nullement que ce soit un jeu d'enfant de faire le départ entre la volonté comprise dans une norme et la volonté plus générale et non juridifiée dont cette norme ne fait qu'une application particulière. La difficulté apparaît souvent à propos de ce qu'on appelle la recherche de l'intérêt protégé. Tel texte favorise sur un point l'inté-

rêt A par rapport à l'intérêt B en choisissant la solution a plutôt que la solution b. Mais voici un autre problème dont ledit texte ne fait pas mention. Cette fois, il faut choisir entre a' et b'. Certains décideront *au nom de ce texte* de préférer a' à b', parce que a' est (sur un autre point que a) la solution favorable à l'intérêt A. Cette préférence ne nous paraît réellement imputable à la norme invoquée que si celle-ci l'implique logiquement. Il se peut que cette implication logique résulte de la seule lecture du texte. Il se peut aussi qu'elle ne le fasse pas, et qu'il faille consulter d'autres indications, tels les travaux préparatoires : ce sont toujours là des implications du texte si celui-ci y renvoie. Il arrive même qu'une lacune ou une ambiguïté puisse être interprétée sans trop de complaisance comme un renvoi tacite. Mais au-dehors de telles hypothèses, recourir à une volonté générale de l'auteur de la norme revient à sortir de celle-ci. D'ailleurs, ce recours ne devient pas pour autant critiquable en soi. Là où l'interprète est obligé de se prononcer même en présence d'une lacune, s'il a le choix par exemple entre une solution, celle qui lui paraît la plus juste, une autre qui lui paraît la plus équitable, une autre encore qui est celle que le législateur choisirait probablement à présent s'il reprenait le sujet, une autre enfin, indiquée par le vœu général d'où procède la norme offrant cette lacune, on ne voit pas ce qui lui interdit de choisir la dernière, pourvu qu'il reconnaisse qu'elle ne s'imposait pas juridiquement.

Afin d'éviter des complications inutiles, nous ne parlons pas du cas où les normes à interpréter se doublent de normes spéciales sur l'interprétation.

On a vu combien il était indispensable, à propos de ces questions, de distinguer la norme de son expression. Celle-ci peut être inexacte, pour toutes sortes de raisons. On a rencontré plus haut des exemples où la formulation des normes escamote ce qu'elles comportent de vœux; il en est d'autres où, au contraire, elle fait paraître intégré aux normes un vœu plus étendu que celui qu'elles recouvrent réellement. Telles ces Déclarations, Chartes et Constitutions qui affirment des principes intangibles, des immunités inviolables, des libertés sacrées, tout en ne faisant que très incomplètement des règles juridiques de ces bonnes paroles, de ces souhaits fussent-ils sincères.

*

**

Lorsque l'auteur d'une norme change ou disparaît (monarque, majorité parlementaire, junte, etc.), la norme s'évanouit-elle par cette extinction de l'élément de volonté qu'elle contenait? Elle y survit souvent. Nous avons dit que la norme comportait nécessairement un vœu, non que ce vœu, pour durer, dût toujours émaner des mêmes personnes, ni même que sa reprise par d'autres personnes dût être expresse. Qui doit se charger de celle-ci pour que le vœu demeure un élément de norme juridique? C'est ce qu'on cherchera plus loin.

CHAPITRE XIV

Il faut et il ne suffit pas, pour être une norme juridique, qu'un vœu soit impératif

Chacun conviendra qu'on n'appelle pas norme juridique tout vœu quelconque, d'où qu'il vienne, ni même tout vœu relatif à l'organisation de la société.

Il faut écarter premièrement les vœux qui ne sont pas impératifs. Aucune disposition à contraindre ne les accompagne dans l'esprit de ceux qui les forment : agissez, disent-ils, comme vous l'entendez, vous êtes libre, nous souhaitons simplement que vous vous comportiez de telle manière, sans d'ailleurs que nous vous menacions d'aucune suite désagréable dépendant de nous si vous ne régliez pas votre conduite sur ce souhait, sur ce conseil. Même chez qui possède le pouvoir de contraindre, un vœu peut avoir cette sorte de retenue (mais l'impérativité n'est pas réellement absente toutes les fois où elle ne paraît pas dans l'expression de la norme, où le ton n'est pas impérieux, le destinataire sachant néanmoins à quoi s'en tenir, tel le subalterne à qui son patron téléphone : « Voulez-vous bien venir dans mon bureau ? A votre place, il me semble que je recommencerais cette lettre que vous m'avez préparée : il serait peut-être bon que je vous indique de quelle façon »).

Symétriquement, l'impérativité peut caractériser des vœux dont l'auteur est incapable des pressions qu'il prétend y joindre. Elle n'est d'ailleurs elle-même qu'un vœu.

C'est peut-être cette volonté de pression par menace dont nous parlons sous le nom d'impérativité qu'on a à l'esprit lorsqu'on dit parfois que la norme juridique revêt un caractère obligatoire en elle-même, indépendamment de toute sanction. Car que peut signifier cela, sinon qu'elle se veut obligatoire, qu'une norme juridique contient un vœu impératif, c'est-à-dire accompagné d'une disposition à lier plutôt qu'à laisser libre ? Ce n'est pas encore là, répétons-le, parler de sanction : l'intention d'y recourir n'en présuppose pas la possibilité.

La langue de certains ordres juridiques distingue normes impératives et normes supplétives. A l'égard du juge chargé de les appliquer, les unes et les autres sont impératives au sens où nous l'entendons. Pour les autres sujets auxquels ces dispositions s'adressent, les supplétives expriment des normes impératives au sens où nous l'entendons à partir du moment où la possibilité qui avait été laissée de les écarter a cessé.

Chacun conçoit en général que les vœux impératifs ne sont pas tous des normes juridiques. Même si ceux qui les font inclinent parfois à leur imaginer à tort ce caractère : on dit pour être aimable qu'on regarde les désirs de quelqu'un comme des ordres, mais c'est à propos de leur propres désirs que la plupart des gens opèrent cette confusion avec le plus de facilité. En somme, si le caractère impératif d'un vœu est la circonstance que son auteur le juge, le croit, le dit, le veut obligatoire, est-il autre chose qu'un aspect de son intensité ? De même que tous les vœux ne font à l'évidence pas le droit, nul ne confond celui-ci avec l'ensemble des vœux intenses.

CHAPITRE XV

Tous les vœux impératifs n'étant pas normes juridiques, lesquels doit-on éliminer pour isoler celles-ci ? - Inutilité des critères touchant à leur contenu; à leur forme; à la qualité de leur auteur - On ne peut se passer de recourir à une notion de sanction

Cherchant des signes distinctifs permettant de reconnaître la norme juridique parmi l'ensemble des vœux impératifs, on considère souvent le contenu de ces vœux, pour faire de la conformité de ce contenu à certains critères une condition de leur juridicité. Et d'avancer en guise de critères la nature ou le réel, la justice, la moralité ou le sentiment du droit, l'utilité sociale, la sécurité, le besoin d'une organisation, le sens de l'Histoire, ou des faits, le devenir de la société, le sentiment populaire, la conscience collective, l'ordre, le rationnel, etc. Mais ces notions ne peuvent nous servir à élaborer une définition du droit répondant aux exigences que nous avons indiquées.

Pour la nature et le réel, nous en avons déjà traité. Quant au « sentiment du droit » et à la moralité tels qu'ils peuvent être compris dans de tels contextes, c'est-à-dire comme contenus caractéristiques de la norme juridique, ils nous paraissent appeler les mêmes observations que la justice. Les critères suivant lesquels celle-ci veut régler le traitement qui doit être réservé à chacun varient si bien, que le mot n'a guère de sens, si ce n'est entre personnes animées de sentiments identiques. Certains lui ont bien cherché une signification indépendante de leurs préférences; mais le résultat de leurs travaux n'est guère utilisable pour une définition du droit. Ainsi M. Chaïm Perelman relève six conceptions différentes de la justice : à chacun la même chose, à chacun selon ses mérites, à chacun selon ses œuvres, à chacun selon ses besoins, à chacun selon son rang, à chacun ce que la loi

lui attribue⁽¹⁾. Sans compter que chez peu de personnes la formule de la justice est aussi simple, celle de la plupart étant plutôt une combinaison de plusieurs de ces versions. Tel dira, par exemple : à chacun selon ses œuvres, qui se verra amené à corriger son principe en faveur du mérite pour peu que certaines œuvres lui paraissent un jour dues en « trop » grande partie à la chance, ou leur défaut à la malchance. A ce correctif, il sera ensuite tenté d'en ajouter un autre, à la considération d'un extrême dénuement dont il voudra sauver toute personne alors même qu'elle n'eût à montrer ni œuvre ni mérite : voici la formule « à chacun selon ses besoins » introduite, non pour remplacer les précédentes, et dominer entièrement la notion de justice, mais sous forme d'exception, afin d'assurer à tous un traitement minimum. Et M. Perelman observe fort judicieusement que ce qu'on oppose à la justice sous le nom d'équité n'est souvent qu'un tempérament apporté à une conception déterminée de la justice, lorsqu'on s'avise que celle-ci tient un compte incomplet des valeurs auxquelles on est attaché. Le recours à l'équité peut donc être la première phase du passage d'une conception relativement simple de la justice à une autre plus complexe ou, si l'on préfère, plus parfaite : on fait une infidélité à la première en faveur de la seconde, mais sans transférer tout de suite à celle-ci le titre dont on avait honoré l'autre; peut-être même sans le lui transférer jamais. Ce n'est pas ici le lieu de nous étendre davantage sur ces remarques, que nous espérons n'avoir pas trop simplifiées en les résumant. Il importe pour notre propos de relever que la *mesure* dans laquelle chacune de ces conceptions entre dans la composition d'une formule de la justice peut varier infiniment. La notion de justice le peut donc aussi, même si l'on s'accorde sur les principes qui en forment le contenu. Sans doute M. Perelman parvient-il à fixer un concept valable pour toute justice. En effet, observe-t-il, celle-ci, quelle qu'en soit la formule, commande toujours une égalité entre les êtres qui présentent un même caractère considéré comme important, parce qu'elle énonce l'obligation de traiter d'une certaine manière tous les êtres d'une catégorie déterminée. Mais qu'est-ce qu'un caractère considéré comme important ? De combien de manières différentes ne peut-on pas dessiner cette catégorie déterminée ? Une telle définition donne un concept si abstrait, une justice si *formelle* (pour reprendre le terme même de l'auteur) que si elle

(1) *Justice et Raison*, Presses universitaires de Bruxelles, 1963.

se distingue de l'arbitraire, c'est seulement en ce qu'elle satisfait un « besoin rationnel de cohérence et de régularité ». Il est vrai qu'elle oblige quiconque soutient une conception de la justice, une règle ou un jugement qu'il prétend juste, à *rattacher* cette notion, cette règle ou ce jugement à des valeurs préalablement avancées. Il est possible que cette définition, tout en permettant également d'innombrables conceptions de la justice, interdise du moins d'en fonder aucune sur le bon plaisir. Mais ce que l'arbitraire perd ainsi d'un côté ne le restreint guère en réalité puisqu'il demeure entier dans le choix des valeurs mêmes auxquelles il faut rattacher toute notion de justice, et dans l'établissement d'une hiérarchie parmi ces valeurs.

Ainsi, quand la justice reste une notion imprécise, la méthode que nous avons adoptée (v. chap. X) ne nous permet pas de l'utiliser pour définir le droit. D'autre part, il y a tant de « justices » différentes et plus ou moins confondues qu'une notion de justice qui serait précisée cesserait du même coup d'être recommandée par le sens courant des termes. Ce raisonnement que nous venons de conduire sur la justice peut s'appliquer, dans l'état présent de nos connaissances, à toute valeur dénommée autrement (sans compter que toute valeur imaginable, ou peu s'en faut, s'est trouvée ici ou là qualifiée du nom très complaisant de justice).

On peut raisonner de façon analogue pour les notions d'utilité sociale et de sécurité. Univoques en apparence seulement, ces notions ne permettent guère de définir le droit avec netteté en appelant normes juridiques les vœux impératifs qui visent les objectifs qu'elles désignent. On répondra que ces notions ne sont pas si malaisées à concevoir, qu'il y a un minimum sur lequel tout le monde est d'accord. Malheureusement, c'est là d'ordinaire où tout le monde n'est plus d'accord que les problèmes apparaissent. D'ailleurs, cet accord ne règne souvent qu'à la faveur d'une illusion. Beaucoup de juristes se laissent insensiblement conduire à prendre un objectif pour essentiel au droit en général, dès lors que ce souci est poussé très loin dans les systèmes juridiques qu'ils pratiquent d'habitude et qui finissent par représenter à leurs yeux le droit par excellence. Systèmes, par exemple, où les lois s'interdisent de rétroagir, où les procédures civiles et criminelles garantissent contre de nombreuses formes d'arbitraire, où il n'est point de peine sans texte, où la foi due aux différents actes est précisée, où un temps marqué prescrit toutes les actions en justice, et où la convention légalement formée fait la loi des parties ;

(la volonté d'un moment primant ainsi à certaines conditions celle des moments suivants). Pourtant, si l'on y fait attention, on ne trouve guère que l'utilité sociale ni la sécurité soient conçues ou assurées de cette façon dans toutes les sociétés que l'on s'accorde à regarder comme régies par le droit.

On peut même douter que la caractéristique du contenu des normes juridiques soit de rencontrer le besoin d'une organisation. Car si celui-ci équivaut au besoin d'une autorité, la désorganisation n'est que l'absence d'autorité ou la présence de plusieurs : nous voici renvoyés aux critères touchant à la qualité de l'auteur des règles, dont nous avons annoncé que nous parlerions seulement plus loin. Voit-on plutôt dans l'organisation une qualité particulière de la société, c'est-à-dire quelque chose de plus restreint que l'agencement produit par l'action d'une autorité quelconque ? Encore faut-il préciser cette qualité distinctive et l'on ne pourrait guère, en le faisant, que recouper un des autres critères examinés. Ou veut-on désigner par organisation la situation d'une société où l'autorité est obéie, la désorganisation étant l'indifférence générale envers cette autorité ? Qu'un tel état soit l'objectif des normes, on le sait déjà pour avoir dit que celles-ci étaient impératives. Et si une organisation conçue ainsi comme une attitude de soumission était proposée non plus en tant qu'objectif essentiel aux normes mais en tant que condition d'existence du droit, elle nous renverrait à deux aspects du problème des sanctions étudiés plus loin : la sanction est-elle un élément du droit ? L'obéissance contribue-t-elle à la juridicité des vœux qu'elle satisfait ? Enfin, nous parlerons d'une espèce particulière de soumission sous le nom de cohésion sociale, mais cela aussi est lié à la question de la sanction.

On pourrait continuer longtemps de passer en revue les desseins dont on a voulu faire des contenus essentiels au droit. On ne viendrait pas à bout de citer les noms qui leur ont été donnés, car ces appellations varient infiniment plus que ce qu'elles désignent. Nous ne parlerons pas directement des critères dont le contenu n'est aucunement précisé, tel le « bien ». Pour la même raison, nous ne traiterons pas davantage d'expressions apparemment plus parlantes, mais qui sous ces dehors trompeurs ne sont pas moins des auberges espagnoles, en fait de valeurs, que ne l'est en toute modestie le mot bien. On entend dire, par exemple, que le vrai droit est celui qui « entérine la conscience sociale » ; ou bien encore, celui qui cherche, « sous l'inspiration de l'idée naturelle de justice, en un état donné de la conscience

collective de l'humanité, ... » à « assurer l'ordre dans la société »⁽²⁾. Qui ne reconnaît là de ces formules bigarrées, astucieuses, fabrications d'un verbalisme à effets, consistant à prélever sur plusieurs thèmes un peu usés à force d'être connus un fragment qui en porte discrètement le souvenir, et à réunir ces parties en telle sorte que le pouvoir de persuasion de chacune, avant même de s'ajouter à celui des autres, paraisse se régénérer à leur contact.

Des expressions comme le devenir social et surtout le sens de l'histoire comportent une référence plus franche. Mais si même ce qu'elles désignent était démontrable touchant les faits passés, et cela n'est pas sûr, elles ne nous apprendraient rien de certain au sujet de ce que l'avenir sera, et moins encore au sujet de ce qu'il doit être.

Pour le « sentiment populaire » (*Volksggeist*) et la « conscience collective », dont on prétend parfois que le droit suit les indications : quand on serait parvenu à les identifier avec précision, la question se poserait encore pourquoi appeler juridiques les seules normes qui y obéissent, et jamais les efforts de l'autorité pour déjouer ce sentiment et cette conscience, ou pour les modifier. Qui croit vraiment que de telles résistances de l'autorité soient *toujours* regrettables ? Même les démocrates les approuvent parfois, dans la mesure où ils reconnaissent que le peuple peut être induit en erreur.

Quant à l'ordre enfin, dont on parle tant, que ce soit pour l'assurer, pour le contester, pour le maintenir, pour le troubler, pour le souhaiter ou pour le rétablir : c'est une de ces notions errantes qui se dérobent pour peu qu'on veuille les saisir, et reviennent à la charge aussi sûrement. Souvent, lorsque le mot est prononcé, l'on peut observer qu'il fait impression : la plupart prennent un certain air de se le tenir pour dit, quelques physionomies expriment au contraire une sorte de refus. Mais si l'on interrogeait les uns et les autres sur la signification d'un terme auquel ils réagissent avec tant de vivacité, on en verrait plusieurs dans l'embarras. Cherchons donc, et en divisant la difficulté, ce que signifie au juste ce mot d'« ordre », afin de savoir s'il est possible logiquement de regarder comme juridiques les vœux impératifs qui ont l'ordre pour fin.

⁽²⁾ F. GENY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Paris, Sirey, 1922, p. 51.

Si le terme « ordre » désigne l'état d'une société comportant une autorité, nous débouchons sur le problème de la sanction, alors que nous en sommes seulement à vérifier s'il est possible d'identifier le droit sans recourir à celle-ci. Si c'est plutôt à un type particulier d'autorité qu'il fait allusion, l'ordre nous renvoie à la suite de cette section, là où nous devons parler des critères de juridicité touchant aux qualités de l'auteur des normes : nous reparlerons d'ordre à ce propos.

Si l'ordre désigne plutôt un état de la société présentant certaines qualités (paix, calme, tranquillité, harmonie, stabilité, rendement, efficacité, etc.), envisagées en tant qu'elles ne sont pas nécessairement liées à l'autorité, le mot appelle une précision et celle-ci nous fait retomber sur les qualités du contenu des normes examinées précédemment. On considère le plus volontiers comme tendant à l'ordre, les règles qui assurent la paix et garantissent contre les violences et les voies de fait. Plus précisément, à la réflexion, contre les violences et les voies de fait qui n'émanent pas de l'autorité : car l'ordre n'exclut dans la pensée de personne (ou presque) l'exécution forcée sur les biens, l'arrestation, ni la dispersion à main armée par les « forces de l'ordre ». Dans cette pensée, on pourrait imaginer d'appeler droit les vœux impératifs visant à faire régner à tout prix entre personnes privées des relations exemptes de violence, que celles-ci soient justes ou injustes d'ailleurs. C'est une conception qui paraît bien proche d'un des sens courants du mot droit. Mais elle est contredite par d'autres et elle s'impose d'autant moins que ledit sens courant ne va pas jusqu'à exiger une concorde parfaite, une absence totale de concurrence ou de rivalité : dès lors qu'une représentation du droit conçoit celui-ci comme interdisant seulement un certain degré de discorde, tout en tolérant que les particuliers s'opposent tant soit peu, elle se confond plus ou moins avec les théories qui font du droit l'œuvre d'une autorité, car tout pouvoir est nécessairement enclin à limiter dans une certaine mesure les violences qui n'émanent pas de lui-même.

Si l'on songe à des expressions comme « ordre logique », « ordre de grandeur », « ordre dispersé », on remarque que l'ordre y désigne toujours un agencement, une disposition, que le mot suivant qualifie. Mais l'ordre tout court ? Toutes choses à tout moment ne sont-elles pas disposées d'une certaine façon, fût-elle chaotique ? Dès lors, créons-nous jamais l'ordre au point de pouvoir prétendre qu'avant notre intervention les choses n'étaient encore ordonnées d'aucune manière ? Pouvons-nous jamais faire plus que substituer un ordre à

un autre ? Aussi parler d'instituer l'ordre ou de le ramener n'a pas de sens, si cet ordre n'est pas qualifié, au moins implicitement. Entendons-nous quelqu'un souhaiter la sauvegarde ou le retour de l'ordre ? Si nous voulons donner un sens à ses paroles, nous devons supposer qu'il pense à un ordre particulier, à l'exclusion des autres, un ordre présentant une qualité déterminée, et que s'il n'exprime pas celle-ci c'est parce qu'il juge qu'elle va de soi. En vérité, ce caractère varie : bon ordre n'est pas plus univoque que bon.

Les propos qui précèdent ne sont pas relativistes au point de soutenir que toutes les valeurs affirmées de toutes parts soient également respectables. Soutenir cela serait s'interdire d'opter pour une d'entre elles. Ce n'est là ni ce que nous conseillons de faire, ni ce que nous faisons, lorsqu'il est question d'agir, ou plus généralement d'émettre un jugement de valeur sur une action. Mais il est uniquement question ici de savoir ce qu'est le droit. Or à cet égard, les valeurs n'offrent aucune utilité, soit parce qu'elles sont vagues, soit parce que, précisées, elles nous éloignent des acceptions les plus usuelles. Même ceux qui croient en des valeurs absolues, indépendantes de leurs préférences personnelles, doivent en convenir. Notre thèse ne s'oppose pas à la leur.

Certains, tout en concédant qu'il faut réserver le nom de droit à ce qui est sanctionné effectivement, assurent que ces règles positives répondent nécessairement à un minimum d'exigences d'ordre moral et ne peuvent dès lors se définir sans en tenir compte. Se fondant sur le motif qu'une société ne pourrait méconnaître entièrement le bien, la nature humaine ne pouvant exceller même dans le mal. Admettons-le; mais à quoi bon ? L'auteur des vœux impératifs qui forment le droit participant selon cette théorie à la nature humaine, le minimum éthique au-dessous duquel celle-ci ne peut descendre se retrouve nécessairement dans toutes les règles positives : cet élément éthique est donc superflu dans une définition du droit contenant les éléments que nous avons dégagés jusqu'ici. Sans compter qu'un tel « minimum », non autrement précisé ni mesuré, n'avancerait guère notre définition.

On rencontrera plus loin l'opinion suivant laquelle certains types de comportements formeraient un domaine réservé à la morale (chapitre XVII). Elle voit donc dans l'objet de certains préceptes un critère, non plus de juridicité, mais de non-juridicité. On verra que,

même de cette façon, la morale n'intervient pas comme telle dans la définition du droit.

A l'opposé du contenu, on est parfois tenté de chercher le critère de la norme juridique dans la forme. L'association du droit à certaines façons de parler est ancienne, comme l'atteste l'histoire des mots. *Jus* paraît avoir été d'abord une formule imposée, sacramentelle, formule à répéter mot à mot (*jus jurare*); et aussi la formule que pouvait prononcer (*jus dicere*) le juge (*ju-dex*)⁽³⁾.

Commençons par observer qu'en aucun cas, il ne pourrait être question de caractériser le droit par la présence d'une forme non pas déterminée, mais quelconque. En effet, un vœu impératif a nécessairement une manifestation, comme il a toujours un contenu. Concevrait-on un vœu accompagné d'une réelle disposition à contraindre, mais dont l'auteur ne veillerait pas à ce que ce souhait et cette disposition soient connus de ceux à qui ils s'adressent? Un vœu peut être secret. Mais un vœu impératif? Nous pouvons tout au plus nous promettre *in petto* de « punir » telle personne si elle reste en défaut d'adopter telle attitude que nous souhaitons, et que nous lui laissons ignorer que nous souhaitons. Mais le projet, formé à l'insu de quelqu'un, de lui nuire s'il n'a pas fait ce que nous voulons indique une disposition à sanctionner plutôt qu'à contraindre. Tout vœu impératif est donc notifié. Il l'est expressément si l'on formule et le vœu et son caractère impératif. Ainsi fait l'officier qui précise : « Que tout soit en place pour telle heure : *c'est un ordre* ». La notification est déjà moins expresse, si l'impérativité n'apparaît pas dans la formule (v. *supra*). Elle peut enfin être tacite, si le vœu va sans dire : du moins ne va-t-il pas sans être indiqué par des signes indirects, lesquels nous avertissent de ce qu'on nous veut alors même que nous nous trouvons dans un pays dont la langue nous est inconnue. Quiconque soutient que le formalisme est un caractère essentiel du droit doit donc pouvoir montrer dans ce caractère quelque chose de plus qu'un moyen quelconque de faire en sorte que le vœu et son caractère impératif soient connus, moyen dont la nécessité est un simple corollaire des éléments précédemment

(3) E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, 2. *Pouvoir, droit, religion*, éd. Minuit, 1969, pp. 111 et suiv.

rencontrés dans la norme. Voir dans la forme un critère de juridicité revient donc à penser que la forme du droit, tout au contraire de son contenu, n'est pas libre.

Avant de vérifier s'il existe une forme suffisante pour juridifier les vœux qui la revêtent, cherchons si l'on peut en regarder une comme nécessaire.

Certains ordres juridiques, tel le nôtre, règlent plus ou moins strictement la forme de leurs normes, ou du moins de la plupart (lois, arrêtés, actes authentiques, testaments, certains contrats, jugements, ordonnances, par opposition à certains autres contrats, aux principes, aux coutumes). Et d'exiger un écrit, parfois plusieurs, certaines mentions, l'intervention de personnes déterminées, le seing, le contre-seing, ou diverses mesures de publicité. Bien souvent, ce sont là pour le pouvoir des façons de renseigner sur le sens de ses messages, et notamment sur la présence ou l'absence d'impérativité, information nécessaire car il n'émet pas que des vœux impératifs.

Parmi ce qu'on s'accorde à regarder comme des droits objectifs, certains sont mieux connus que d'autres par leurs sujets, soit que les sujets se trouvent particulièrement à même de deviner les pensées des gouvernants, soit que les gouvernants prennent grand soin d'informer les sujets de leurs volontés. Si ces droits présentent l'avantage de la sécurité et de la praticabilité sur ceux où la connaissance des normes est incertaine, ce n'est pas là une raison suffisante pour considérer que cet avantage, que ces qualités entrent nécessairement dans la composition du phénomène juridique. Comment déterminer avec assez de précision et toutefois sans trop d'arbitraire les modes de notification indispensables pour que des vœux impératifs soient normes juridiques, alors que même parmi les droits objectifs les plus reconnus, ces modes varient tant? Pour des raisons que l'on examinera plus loin en parlant de juristes, il est compréhensible que ceux-ci soient enclins à faire de certaine forme un élément de la définition du droit. Mais si explicables qu'en soient les mobiles, la démarche n'en devient pas plus logique.

Si aucune forme n'est essentielle à coup sûr au droit, ne peut-on pas regarder du moins comme suffisantes pour que leur accomplissement en crée certaines conditions de forme qui ont fait la preuve de leur utilité? C'est une tentation à laquelle on ne peut guère céder que par inadvertance car à y bien regarder, cent manifestations de volonté qui

ne sont pas considérées comme créatrices de droit (si ce n'est peut-être par leur auteur) imitent des formes ordinairement utilisées par le droit reconnu. Elles peuvent n'être alors, comme on s'en doute et comme nous allons le montrer précisément plus loin, que des parodies de normes juridiques. Témoins ces personnes, parmi lesquelles notamment Lord Russell et M. Jean-Paul Sartre, qui, ayant décidé de s'informer et d'informer l'opinion publique mondiale de ce qu'il y avait de déplorable dans la guerre du Vietnam, s'érigèrent en un « tribunal Russell » et contrefirent jusqu'à un certain point les procédés judiciaires les plus consacrés et les mieux connus, apparemment sans peser le moins du monde sur les hommes d'Etat ainsi jugés. Le général de Gaulle le faisait observer dans une lettre où il félicitait M. Sartre de son opposition à cette guerre mais lui expliquait son refus d'accorder certaines facilités qui eussent permis à ce tribunal de siéger en France : « J'ajouterai que, dans la mesure où certaines personnes rassemblées autour de Lord Russell peuvent avoir un crédit moral, à défaut d'une magistrature publique, je n'aperçois pas quel poids elles ajoutent à leurs avertissements en revêtant une toge empruntée pour la circonstance ».

De façon plus générale, on ne redira pas assez combien il importe de distinguer plus qu'on ne fait le droit de l'expression du droit. Une règle se présente souvent de façon à masquer en partie son caractère de volonté impérative pour gagner l'obéissance par la persuasion en donnant quelque peu à croire que le comportement ordonné n'est pas si pénible qu'on l'imagine, ou va de soi, ou est bon en soi, ou est tel que celui à qui on l'ordonne a intérêt à adopter ce comportement pour des raisons qui tiennent à celui-ci et non pour échapper à une sanction. A l'inverse, un vœu qui n'est pas considéré comme une norme juridique peut chercher à s'en donner l'allure. On a vu des juristes s'opposer à des projets de loi au nom d'obstacles dits *juridiques* alors que les lois projetées, politiquement choquantes, voire juridiquement insolites, n'en étaient pas moins juridiquement possibles; des grévistes « exiger le respect » ou « protester contre la violation » d'un droit de grève qui ne leur était en réalité pas encore reconnu; des détenus politiques protester contre les tortures au nom de droits de la personne humaine que le régime, précisément non respectueux de celle-ci et ouvertement disposé à la sacrifier à d'autres valeurs, avait rayés de la loi.

D'autre part enfin, on propose que les normes juridiques soient les vœux impératifs émanant de l'autorité, par opposition à ceux qu'émettent des personnes sans qualité.

De deux choses l'une. Ou bien cette autorité est un Etat ou un autre être ou ensemble d'êtres capables d'imposer la réalisation de leurs volontés, et l'examen de cette thèse nous ferait anticiper sur celui de la sanction, alors que nous avons décidé d'examiner d'abord la norme moins la sanction. Ou bien cette autorité est un pouvoir non pas quelconque, mais investi de certaines qualités. Lesquelles? Cette question suscite des réponses passablement embarrassées, dont la plus typique et d'ailleurs la plus fréquente met en avant l'idée d'un pouvoir ou d'une autorité *légitime*. Voilà une expression vénérable. Mais pour peu qu'on lui cherche un sens, on tombe dans une grande perplexité. Cette légitimité pourrait-elle provenir dans tous les cas de la conformité à des normes ou principes *juridiques*? D'après certains, oui. A la réflexion, non. En effet, d'où tirerait à son tour sa propre légitimité l'autorité qui aurait édicté ces normes ou principes? Et si cette *légitimité* s'entend plutôt de la conformité à quelque exigence non plus juridique, mais politique ou morale, on peut d'abord s'étonner du choix d'un tel mot; on doit surtout reconnaître que ce choix renvoie aux tentatives, examinées plus haut, de définir le droit d'après les qualités politiques ou morales de son contenu. Car il faut bien supposer que si l'on prend en considération les vertus du pouvoir auteur des normes, c'est parce qu'on pense qu'elles rejailliront sur le contenu de celles-ci.

Il est pourtant une conception de la légitimité qui se réfère à un certain type d'autorité sans égard à son inspiration. La qualité de l'autorité privilégiée de la sorte n'est pas celle de ses décrets: elle s'ajoute seulement à celle-ci, ou même elle permet de s'en passer.

Aux yeux de certains sujets, une autorité stable apparaît comme un bienfait. Non parce qu'ils aiment l'autorité, ou croient qu'elle fait toujours son devoir, mais pour une raison qui est presque à l'opposé. Ils pensent en effet que même dans ce qu'on appelle l'anarchie, il subsiste, à tout endroit et à tout moment, un homme ou un groupe capable de dominer. L'inconvénient d'avoir affaire à une autorité au moins leur paraît donc inévitable. Celui de payer tribut à plusieurs peut au contraire être écarté, et leur semble plus lourd que le joug d'une seule, fût-elle mauvaise: soit que ces autorités se succèdent si,

rapidement qu'on ne se sache jamais en règle, soit qu'elles coexistent, et rivalisent aux dépens de leurs sujets communs. Au lieu qu'un pouvoir toujours le même se laisse étudier : il permet du moins à chacun de prévoir ce qu'on exige de lui, et de savoir à quoi s'en tenir sur les menaces dont il est l'objet. Cette paix relative est souvent ce qu'on appelle l'ordre, le terme étant alors entendu en un sens différent de ceux que nous avons rencontrés jusqu'ici. Elle peut être juste ou injuste, suivant la structure de la société, suivant la répartition des pouvoirs et des biens dont on peut dire qu'elle les fixe, puisqu'il faudrait la troubler pour les déranger. Elle peut être l'ordre traditionnel ou un ordre nouveau issu, par exemple, d'une révolution. Mais, de toute manière, il se trouve des gens pour la concevoir comme un bien, dans la pensée que le pouvoir présent n'agit sans doute pas au mieux, mais que sa contestation aurait plus de chances de coûter que de rapporter. C'est sous l'influence de cette idée qu'on songe quelquefois à qualifier de légitime un ordre stable, et de juridiques ses seules prescriptions, quelles qu'elles soient. A la réflexion, toutefois, cette stabilité ne peut fournir un critère sûr pour la définition du droit : comment déterminer avec précision et sans arbitraire le degré de la permanence nécessaire à une autorité pour que celle-ci devienne capable, contrairement aux autres autorités, de faire des normes juridiques ?

Nous revenons toujours au même point. En dépit des sens usuels du mot droit, il faudra se résigner à appeler normes juridiques tous les vœux impératifs si l'on ne parvient pas à déceler parmi ces phénomènes innombrables une catégorie présentant, par rapport au reste, des différences assez nettes et correspondant assez à celles que l'un ou l'autre sens courant prend en considération pour que nous puissions sans trop d'arbitraire la qualifier seule de juridique. Cette catégorie, nous l'avons vainement cherchée en considérant les qualités du contenu des normes, de leur forme, ou de leur auteur. Il arrive d'ailleurs souvent que quelqu'un appelle juridique, dans une occasion où il en sent le besoin, l'un ou l'autre précepte que rien d'objectif ne distingue des autres vœux impératifs. Il s'expose, malgré qu'il en ait, à devoir logiquement reconnaître comme normes juridiques tous les vœux impératifs, et qu'il n'y a pas de différence sensible entre, d'une part, les lois, les décrets ou les jugements, généralement regardés

comme normes juridiques et, de l'autre (pourvu seulement qu'ils s'accompagnent d'un désir d'user de pressions au lieu d'être de simples prières), les manifestes, les revendications, les proclamations, les projets, même lorsqu'ils émanent de simples particuliers, les cortèges ou rassemblements brandissant des exigences, les clameurs même vaines d'une foule réclamant un prisonnier pour le lyncher, les *pronunciamientos* fussent-ils manqués, enfin quantité de vœux impératifs qu'il n'est à l'esprit de personne de regarder comme juridiques.

On voit la nécessité de la notion de sanction pour achever de définir le droit. Ce n'est pas que nous la respections sur le plan éthique. Mais la puissance capable de sanction est, hélas ! plus reconnaissable, et en ce sens indiscutable, que la norme « rationnelle », ou « juste », ou « régulière » en la forme, ou issue de l'autorité « légitime ».

CHAPITRE XVI

Précisions sur la notion de sanction comme élément de la norme juridique : il faut qu'une pression entretienne un certain rapport avec le respect du vœu, et qu'elle ait pour instrument une menace de sanction - Cette pression suppose un pouvoir - Elle n'est pas nécessairement organisée par des normes juridiques - Elle est une pression sociale - Elle s'adresse à des êtres en tant qu'ils sont doués de conscience et de volonté

Pour parfaire la notion de norme juridique, il faut bien ajouter au vœu impératif un troisième élément, lequel ne peut être que ce qu'on appelle couramment et vaguement la sanction. On dispute à perte de vue si celle-ci est à la règle un simple perfectionnement ou une partie essentielle. On en discuterait moins si l'on cherchait davantage à prévenir les malentendus en distinguant les différents sens du terme sanction. Précisons que pour nous, ce troisième élément essentiel n'est pas la sanction au sens strict ou désagrément infligé à qui n'a pas respecté un vœu. La sanction entendue dans ce dernier sens n'a lieu le plus souvent que si le vœu de la règle n'a pas été respecté. Ce serait contrarier gratuitement les acceptions usuelles du mot droit que de dire que le droit existe uniquement là où on punit et ainsi qu'il n'est pas de droit obéi. C'est proprement la capacité d'exercer une pression par menace de sanction afin de réaliser un vœu qui fait le troisième élément de la norme juridique. L'usage n'appelle ce pouvoir sanction que par métonymie. En combinant le vœu, l'impérativité et cette capacité, on obtient une pression dans le sens d'un vœu par menace de sanction.

Mais si ce qui importe est la pression elle-même, et non son instrument la sanction, ne devient-il pas arbitraire de limiter le droit aux

pressions par menace de sanction, au lieu d'y comprendre les pressions par promesse de récompense ? Les unes et les autres ne remplissent-elles pas la même fonction ? Un même vœu ne s'arme-t-il pas indifféremment de menaces et de promesses, suivant les moyens disponibles, ou des deux à la fois ? Il est vrai qu'on voit un même pouvoir mettre une tête à prix et frapper de peines l'abstention de dénoncer; ou obtenir des services, tantôt par le salariat, tantôt par la réquisition (esclavage, travaux forcés, etc.). On pourrait même imaginer que le système de rétributions redoutées traditionnellement appelé droit cède la place à un système de rétributions convoitées, si la généralisation d'une telle substitution ne se heurtait à son coût (et sans compter que tout le monde n'éprouve pas une satisfaction égale à gratifier et à châtier, à susciter la reconnaissance et la crainte). Il reste que le sens courant du mot droit s'en tient aux *pressions par menace de sanction*. Si on le corrigeait en englobant dans la notion de droit les pressions par promesse de récompense, on aboutirait à dire que le fait pour un Etat ou pour un particulier d'offrir un bien en vente constitue une norme juridique ordonnant le paiement d'une somme d'argent. En réservant généralement le nom de droit aux seules pressions par menace de sanction, le sens courant n'est pas incohérent si la pression par menace de sanction et la pression par promesse de récompense offrent, en même temps qu'une étroite ressemblance, une différence intrinsèque. L'annonce, pour le cas où le destinataire n'adopterait pas l'attitude qu'on lui demande, d'une mesure perçue par lui comme une aggravation par rapport à ce qu'était sa situation n'existe que dans un des deux types de pression. La différence il est vrai devient parfois si ténue que le sens courant frise ici l'arbitraire, et qu'une conception du droit comportant les pressions par promesse aussi bien que les pressions par menace, pour biscornue qu'elle paraisse, ne manquerait pas d'utilité du point de vue scientifique. Il y a là une réalité dont il serait intéressant de faire une étude d'ensemble; le seul abus serait de lui faire porter le nom de droit. Quant à chercher le critère permettant de distinguer le droit des pressions par promesse dans la manière d'exprimer les choses (« Faites A, sinon on vous privera de B » étant une norme juridique, « Faites A, et on vous donnera B » n'en étant pas une), ce ne serait pas plus satisfaisant.

Il n'est pas indispensable que la pression triomphe. On pourrait certes imaginer une définition du droit ne retenant que le droit obéi, c'est-à-dire le droit complètement efficace. Mais il faut se représenter les

implications logiques d'une telle conception. Aucune action ne pourrait se commettre en infraction au droit. Le meurtre, même puni, ôterait toute juridicité à l'interdiction de tuer. Il ne laisserait ce caractère qu'aux prescriptions de poursuivre, d'arrêter et de punir le meurtrier, adressées aux officiers du pouvoir. Celle de punir cesserait aussi d'être juridique dans le cas où le meurtrier parvient à demeurer impuni par suite de la négligence desdits officiers. Ce serait là construire une notion du droit cohérente (et dont on entend un écho dans cette boutade, que « tout est permis à la condition de ne pas se faire prendre »), mais sans rapport avec les sens les plus usuels du mot. Selon ceux-ci, toute violation du droit n'entraîne pas automatiquement son abrogation (qu'importe ici pourquoi cette conception est reçue, si c'est parce que le sens commun accorde quelque considération à la menace, même bravée, d'une peine, ou parce qu'il répugne à dire permis en droit ce qui ne l'est pas en morale, ou même simplement ce qui déplaît).

Il n'est pas nécessaire que la pression triomphe; mais si l'on admet ainsi que son poids ne soit pas déterminant, on ne conçoit pas qu'elle ne pèse pas du tout. Si elle pouvait non seulement n'être pas victorieuse, mais n'être pas même ressentie, ne devrait-on pas renoncer à la considérer comme essentielle à la norme ? La menace de certaines mesures peut être *totale*ment inopérante, ou parce qu'on l'ignore, ou parce qu'on sait qu'elles ne pourront avoir lieu, ou encore qu'on n'en souffrira pas. Le souci de cohérence nous commande de nous écarter de l'usage lorsque celui-ci appelle règle juridique un vœu impératif qui « prévoit » en guise de sanction des événements dont le destinataire sait qu'ils ne se produiront pas ou n'ont rien de redoutable. Quantité de textes s'exprimant comme s'ils étaient munis de sanction passent pour tels et partant pour juridiques. Que cela s'explique fort bien (on verra comment à propos des juristes) n'entraîne pas que ce soit vrai, ni que ces « lois » expriment quelque chose de plus que des *normes juridiques virtuelles* : elles sont non des normes, mais des *expressions de normes*, quelquefois lettre morte. Il ne faudrait pas objecter qu'elles sont normes juridiques « dans l'intention du législateur ». Cette restriction vaudrait aveu qu'elles ne le sont pas en réalité. On ne doit pas confondre l'impérativité, deuxième élément de la norme juridique, avec le troisième, qui est la capacité de pression par menace de sanction afin de réaliser un vœu émis par le détenteur de cette capacité.

Poussons plus loin la précision. Car nous n'avons pas encore fait le tour de la sanction *sensu lato*, pour avoir dit qu'elle consistait en une capacité de pression par la menace, non nécessairement mise à exécution, de sanction *sensu stricto*, et que cette pression pouvait n'être pas déterminante, mais devait être plus qu'une tentative de pression. Il faut encore remarquer ce corollaire de notre définition, que si le comportement souhaité est impossible ou inévitable, la menace d'une sanction n'ajoute pas au vœu de quoi faire une norme juridique. Elle ne constitue pas l'exercice d'une capacité de pression par menace de sanction afin de réaliser un vœu. Si le comportement exigé est impossible, la sanction annoncée paraît inéluctable et son expectative engendre peut-être un malaise ou même la peur mais cet effet ne pousse pas à exaucer le vœu au service duquel la pression est mise. Tout au plus pousse-t-il à fuir, à se cacher ou à résister : il y a peut-être pression par menace de sanction, mais non pas pression dans la direction du vœu émis par l'auteur de la pression. Si quelqu'un annonce qu'il va chercher à nuire, sans autre dessein immédiat que de chercher à nuire, par exemple lorsqu'un pouvoir persécuteur organise une battue afin de découvrir et de tuer un individu, nul ne soutiendra que ce dernier soit le destinataire d'une norme juridique, encore qu'objectivement on le pousse à fuir ou à opposer une résistance désespérée. Quoi qu'il fasse, il ne saurait désormais obéir, puisqu'on ne lui ordonne rien (nous ne parlons pas du cas où on le somme de se rendre sous peine de sévices supplémentaires). Nous emploierons dorénavant les mots pression par menace de sanction uniquement dans l'acceptation de pression par menace de sanction dans le sens d'un vœu émis par l'auteur de la pression.

Une norme juridique ne peut non plus commander l'inévitable. Dans un tel commandement, le vœu est présent mais non la pression puisque l'éventualité de la sanction au sens étroit n'a pas lieu de se réaliser et qu'il n'y a dès lors pas de menace réelle, et même pas d'impérativité. Il est sans doute que l'interdiction juridique de l'homicide n'est souvent pour rien dans le fait que la plupart des gens s'abstiennent de tuer, tant leur éducation ou leur bon naturel suffisent à chasser cette pensée de leur esprit, quand d'aventure elle s'y présente. Si l'on était certain que la population à laquelle cette norme s'adresse fût tout entière à l'abri d'une telle tentation, cette norme ne serait plus juridique à l'égard de personne. Si l'on pouvait seulement être assuré que tels individus déterminés sont incapables de se porter à de pareilles

extrémités, quoi qu'il arrive, quoi qu'on leur demande, leur offre ou leur prenne, on devrait dire que la norme juridique en question n'en est pas une pour ces personnes, que celles-ci n'entrent pas réellement dans le champ d'application de celle-là. Dans l'hypothèse où le comportement ordonné est inévitable, partant la norme pure apparence, il faut ranger les cas où ce comportement est à ce point désiré par ceux mêmes à qui il est prescrit, qu'ils l'adopteront certainement de toutes façons. Il se peut qu'autrui les rappelle à leurs sentiments par une exhortation impérieuse : si c'est sans pouvoir y joindre une pression sociale véritable, les mécanismes déterminants demeurent internes. Il faut distinguer de telles suppositions le cas fréquent où le comportement ordonné correspond dans une certaine mesure, voire grandement, aux intentions, aux aspirations, aux intérêts de la personne à qui la norme s'adresse, où cependant cette norme avec son élément de menace forme un mobile complémentaire, presque superflu d'ordinaire, mais dont la contribution devient plus efficace dès que vient à faiblir un des facteurs qui facilitent une exécution spontanée.

La sanction *sensu stricto* peut consister en n'importe quel événement dont le destinataire du vœu croit qu'il lui serait désagréable (ce peut même être la survenance d'une norme nouvelle : vous devez faire cela, faute de quoi vous serez tenu de ...). Encore faut-il que l'événement désagréable ou la possibilité que cet événement se produise ne soient pas intégralement les conséquences inévitables du comportement contraire au vœu, conséquences indépendantes de la volonté de l'auteur du vœu. Par exemple, ce n'est pas faire une norme juridique interdisant de fumer que d'avertir les fumeurs des dangers du tabac. Nul ne songe non plus à afficher au bord d'une pièce d'eau : « Défense de se baigner sous peine de noyade ». Il semble que si la conséquence désagréable est attachée au comportement indépendamment de l'auteur du vœu, il y ait pression par risque de désagrément plutôt qu'à proprement parler par menace. La simple prédiction d'un mal pouvant découler naturellement d'un comportement peut certes manifester chez celui qui émet la prédiction le vœu que ce comportement n'ait pas lieu mais elle ne l'implique pas nécessairement. La même prédiction peut être exprimée en toute indifférence : je vous informe d'un danger mais il m'est indifférent, voire agréable, que vous vous y exposiez. Même si celui qui prédit les conséquences funestes d'une conduite souhaite dissuader par là de l'adopter, il n'est pas essentiel au type de pression qu'il exerce d'être entreprise dans le sens de ce désir de

dissuasion, au lieu que cela est essentiel à une pression consistant à menacer d'un mal dépendant, ne fût-ce qu'en partie, de l'auteur de la menace. Si quelqu'un dit : « Faites ce que vous voulez, cela m'est égal, mais cela dit je vous préviens que si vous faites telle chose, je chercherai à vous causer quelque désagrément », nul ne croira que le début de cette déclaration soit prononcé de bonne foi. Notons que c'est déjà menacer, et non plus seulement prédire, que d'avertir d'un danger en ajoutant qu'on ne ferait rien pour l'écartier alors qu'on a le pouvoir de le faire sans peine.

La pression suppose un pouvoir puisqu'elle se forme par la menace d'un désagrément, et que ce ne peut être une menace manifestement en l'air. Ce pouvoir n'est peut-être pas toujours celui d'infliger soi-même la sanction : il suffit que ceux qui l'exécutent se trouvent d'une manière ou d'une autre à la disposition de l'auteur du vœu. Il n'est même pas nécessaire que le pouvoir soit une capacité réelle d'infliger un désagrément au destinataire de la norme : si celui-ci croit à l'existence de cette capacité réelle, par exemple au vu d'une arme à feu qu'il croit chargée, il y a capacité de pression par menace de sanction sans capacité de sanction.

Le pouvoir n'est pas détenu, d'ordinaire, par le seul « gouvernement ». Il peut l'être même par un grand nombre de personnes. Entendu non pas au sens strict où l'on comprend ce terme lorsqu'on parle de pouvoir royal, législatif, judiciaire, ni au sens le plus large, mais au sens où nous le prenons et qui est le plus utile pour exploiter la conception du droit que nous proposons, le pouvoir appartient à l'ensemble de ceux dont la volonté domine parce qu'ils parviennent, officiellement ou non, à l'armer d'une pression fondée elle-même sur une menace. Nous avons dit plus haut que la norme était un vœu, nous voyons à présent (et ne pouvions dire alors, quand nous remettons à plus tard la question du pouvoir) *de qui* elle est un vœu.

Par un glissement fréquent et qu'il faut surveiller lorsqu'on s'exprime, sous peine de confusions graves, le mot pouvoir désigne tantôt une capacité, tantôt l'ensemble des personnes qui la détiennent. Ces personnes ne font évidemment pas qu'exercer le pouvoir entendu comme une capacité de pression par menace de sanction. Parmi leurs autres activités, il en est qui consistent dans l'exercice d'autres facultés qu'on

appelle parfois pouvoirs elles aussi : les gouvernants peuvent chercher à obtenir les comportements désirés en usant non seulement de menace mais aussi de séduction. D'où un bon nombre de promesses dont ils sont prodigues, et d'explications qu'il faut souvent entendre comme des justifications. Pour une bonne part, on s'efforce même de gagner d'avance, une fois pour toutes, l'assentiment des sujets : à cet égard, il n'y a pas de différence fondamentale entre la propagande et une partie de l'éducation. Ainsi le pouvoir ménage utilement ses forces chaque fois que ses vœux se recommandent par la rationalité, la justice, l'opportunité ou toute autre qualité qu'il convainc d'attribuer à leur contenu même, plutôt que par la considération des sanctions. Moins il prend cette précaution, plus il s'expose à devoir augmenter sa capacité de pression par menace (sauf à changer de politique) : un nombre croissant de ses volontés auront à prendre appui sur la force et les normes, rencontrant plus de résistance, devront peser davantage pour être obéies. Au contraire, si le conditionnement des sujets est presque total comme celui qu'imagine Huxley dans *Brave New World*, ou si pour quelque autre raison ceux qui veulent conduire disposent d'un ascendant extrême, le rôle des normes juridiques tend à disparaître, et les textes n'expriment plus que des suggestions.

Par souci de clarté, nous réserverons désormais en principe le mot de pouvoir pour désigner la seule capacité de pression par menace de sanction ou les détenteurs de cette capacité.

Le moment est de nouveau venu de rencontrer une objection fondamentale. Ne sommes-nous pas près de lier tout droit à tout pouvoir ? Ne mettons-nous pas exagérément l'accent sur le pouvoir dans la notion de droit ? Et s'il est vrai que certaines conceptions sociologiques sont critiquables en ce qu'elles tendent à confondre le droit d'un peuple avec ses mœurs (l'action de ceux qui cherchent à peser sur celles-ci pour les faire évoluer ou pour les maintenir cessant d'être mise en évidence), les pages précédentes ne tombent-elles pas à l'opposé dans une extrémité tout aussi aberrante en représentant le droit à peu près comme la volonté, quelle qu'elle soit, d'un pouvoir, quel qu'il soit ? Ce qui inspire cette objection est que nous semblons attribuer un rôle déterminant à la pression exercée par un pouvoir : il est possible qu'au contraire, celui-ci ne puisse guère changer le

cours des choses. Tout ne se passe-t-il pas comme si l'homme d'action qui paraît dicter ses volontés n'était que l'instrument de l'Histoire, et qu'à son défaut il s'en fût trouvé un autre qui eût semblé exercer autant d'influence, mais à la condition de s'orienter dans le même sens ? Pouvons-nous voir dans la pression un élément essentiel du phénomène juridique, sans confondre celui-ci avec ce qui n'en est pour ainsi parler que le canal ? Et quelle importance que le droit passe toujours par la volonté de l'autorité, dès lors que celle-ci serait comme liée par la société qui la contient ? Si cette volonté était conduite, si le pouvoir était lui-même déterminé à peser dans une direction qu'il ne choisirait qu'en apparence ? Ne convient-il pas de chercher l'essence du droit ailleurs que dans toute volonté du pouvoir, si celle-ci n'en est que le véhicule ?

Nous concédons volontiers que le pouvoir n'est peut-être qu'un lieu de passage des idées et des préférences qui se manifestent dans ce qu'on appelle le droit; mais s'il est un lieu de passage obligé, il en devient essentiel. Nous admettons comme vraisemblable que, dans une société donnée, le pouvoir ne soit pas en mesure de décider n'importe quoi; il est même concevable qu'on parvienne un jour à connaître les limites extrêmes de tout pouvoir, à identifier quant à leur contenu des vœux impossibles à juridifier et d'autres impossibles à ne pas juridifier, quelle que soit la force employée. Mais une telle délimitation du *droit possible* n'est guère connue encore. D'autre part, on ne pourrait nier l'intérêt d'une théorie du droit, axée sur le pouvoir, qui se vérifierait quoi que ce pouvoir décide, même en admettant d'autre part que ces décisions soient déterminées.

Ainsi, en disant que le pouvoir constitue un élément indispensable pour définir le droit, nous ne supposons nullement qu'il le permette seul. Nous ne contestons pas l'intérêt de se placer sous un angle de vue différent, et d'y tenter une autre définition du droit: encore une fois, plusieurs définitions peuvent être également véritables. Certaines sont plus instructives que d'autres, aucune ne l'est parfaitement. L'élément pouvoir est particulièrement intéressant à suivre parce qu'il permet d'expliquer beaucoup de choses: il existe une correspondance fréquente entre ses variations et la diversité des manifestations observables dans ce que le langage courant appelle le droit, et le pouvoir est une réalité assez reconnaissable, en dépit de ses allures quelquefois furtives. Que ceux qui nous « prient » d'adopter un certain comportement possèdent le moyen de nous causer un dommage quelconque,

ou qu'ils en soient dépourvus, cela fait quelque différence; et nous n'y avons pas toujours moins d'égard qu'au bien-fondé de leur demande, à l'amabilité de leur procédé ou à l'attachement qu'eux-mêmes nous inspirent.

Encore faut-il regarder ce pouvoir avec une curiosité aussi pure que possible. Or, il appartient à la catégorie des sujets à propos desquels la vérité intéresse peu. Certains ne cherchent qu'à le noircir. A l'opposé, il ne manque pas d'observateurs complaisants ou du moins crédules, et plus d'un auteur parle de lui et de ses bienfaits comme ces voyageurs qui prétendent décrire un pays où ils n'ont osé entreprendre que des visites guidées.

On se représente quelquefois la sanction *sensu stricto* comme organisée elle-même par des normes juridiques (songeant aux règles relatives à l'exécution forcée des débiteurs, à l'application des peines de prison, etc.). Conception trop étroite. Certes, beaucoup de normes sont doublées de normes sur la sanction, adressées aux organes chargés de l'appliquer. Mais si toute menace sur quoi s'appuie une norme juridique devait se référer à une sanction organisée par d'autres normes, celles-ci pour être telles devraient à leur tour comporter une pression reposant sur la menace de sanctions juridiquement organisées, et ainsi de suite jusqu'à une première norme dont il faudrait bien reconnaître qu'elle serait juridique tout en ne reposant pas sur une sanction juridiquement organisée⁽¹⁾. La pression impliquée par une norme juridique peut aussi être la menace d'une sanction qui se trouve à la disposition du droit sans qu'il ait dû la construire de toutes pièces: il n'a alors qu'à la brandir. Le déclenchement d'un processus indépendant de sanction est en son pouvoir. Que l'on pense notamment à l'utilisation de l'opinion publique et de sa capacité, parfois efficace, de réprobation, par de nombreuses normes de droit international, ou par les techniques pénales ou disciplinaires du pilori, du blâme, etc. On peut rapprocher de cette figure la cession d'un rebelle par un pouvoir à un autre pouvoir dont il sait qu'il a ses raisons propres de

(1) Cfr, *mutatis mutandis*, le raisonnement de Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. de *L'Ordinamento giuridico* par L. FRANÇOIS et P. GOTHOT, Paris, Dalloz, Coll. philosophie du droit, n° 15, 1975, § 8.

le punir (livraison au bras séculier, expulsion par une frontière que l'expulsé ne choisit pas, etc.). Par « rebelle », nous supposons que ce prisonnier avait déjà bravé des menaces émanant du premier pouvoir.

Certes, la sanction qui attend le prisonnier est organisée ici par un ordre juridique, mais ce n'est pas celui dont les normes sont sanctionnées par cette cession. Celui-ci, s'il veut se laver les mains, ne manquera pas de faire valoir cette distinction, et que la sanction finale (emprisonnement, exécution, etc.) a trait aux seules normes de l'ordre organisateur, non aux siennes, lui-même demeurant ainsi comme étranger à ce châtement. Ce pouvoir cédant n'organise en effet lui-même tout au plus qu'un préliminaire de la sanction finale. Mais l'annonce d'une telle répression juridifie tous les vœux qu'elle accompagne, ceux du pouvoir qui se contente de promettre la livraison aussi bien que ceux du pouvoir qui se chargera de l'exécution, puisqu'il appartiendra au premier pouvoir de décider s'il livrera ou non le rebelle. Il est seulement essentiel qu'on menace d'une sanction dépendant au moins en partie de l'auteur de la menace.

Il faut toutefois réserver pour un examen ultérieur l'hypothèse où l'appareil de pression que l'auteur du vœu trouve prêt et se borne à utiliser se compose d'éléments tous internes à l'individu auquel le vœu s'adresse.

La pression en question nous paraît devoir être une pression sociale. Nous l'entendons non pas comme ayant la société pour auteur, mais dans le sens d'une pression que ceux qui forment un vœu exercent sur autrui plutôt que sur eux-mêmes. Cette distinction de la pression sociale et de la pression individuelle, c'est-à-dire de la pression inter- et de la pression intra-individuelle, appelle quelques précisions. Celles-ci feront comprendre pourquoi la pression sociale nous paraît seule constitutive de droit.

Quelqu'un peut décider de s'imposer une conduite. Il peut même se promettre de se punir s'il ne la suit pas (qu'importe que les punitions soient physiques ou morales, la variété en est extrême comme celle des inclinations et des tempéraments; « Il s'agit de mon honneur », pensait Julien Sorel, dans une circonstance difficile, « si je tombe dans quelque bévue, ce ne sera pas une excuse à mes propres yeux de me dire :

je n'y avais pas songé » : il se menaçait, comme d'une flagellation, de son mépris, de sa propre disgrâce, forme orgueilleuse du remords). Lorsqu'il se promet la sanction ou que, plus tard, il se l'inflige, il est un peu un autre homme que lorsque, dans l'intervalle, il cède à la tentation redoutée. A ce moment-ci, son envie principale étant d'y céder, la menace est-elle encore actuelle alors qu'il ne tient qu'à lui de la lever ?

Le problème serait différent et la pression redeviendrait sociale si X, s'adressant à lui-même un précepte, mais connaissant sa faiblesse, chargeait Y de la sanction. Par contre, le problème n'est pas différent si Y fournit seulement le modèle sur lequel X règle ses bonnes résolutions, Y ne connaissant d'influence morale sur X que de manière involontaire, ou du moins sans prétendre le menacer d'aucune sanction; le succès de ce modèle est un phénomène social, mais la pression, s'il en est, qui pousse à l'adopter n'est pas sociale (il est donc difficile d'imaginer que ce soit une pression par menace de sanction; elle consiste plutôt dans la lutte ou la résistance que le désir de ne pas faire une chose oppose au désir de la faire). Ceci vaut d'être souligné car les valeurs et notamment la morale de beaucoup de gens sont, comme par hasard, celles de leur milieu. Cette similitude indique sans doute que le milieu pèse sur l'individu. Mais ce poids ne vient pas nécessairement de ce que la volonté de l'entourage peut et veut s'imposer. Il peut aussi quelquefois tenir principalement à une force interne à l'individu, et notamment à une gêne à sentir et penser indépendamment, à un besoin d'imiter, de se conformer, qui lui sont propres et détermineraient son adhésion, même si le milieu ne l'y invitait pas.

Autre cas où il est difficile de discerner s'il y a hétéronomie ou autonomie, si la pression est inter- ou intraindividuelle : on veut quelquefois considérer comme constitutives de normes juridiques, notamment à propos de droits archaïques, des sanctions surnaturelles dont prennent l'initiative des hommes capables d'obtenir (par malédiction, envoûtement, etc.) les services des puissances qui sont supposées les infliger. Il faut distinguer plusieurs possibilités. Dans la première, le destinataire de ces manœuvres les redoute parce qu'elles entraînent une attitude hostile de la société : la sanction même est sociale. Dans la seconde, il les redoute indépendamment d'une telle conséquence, par la seule crainte de voir intervenir des forces surnaturelles existant dans son imagination. Il y a alors une sanction intraindividuelle, même si les croyances permettant une telle crainte avaient elles-mêmes

en un autre temps été inculquées au moyen d'une pression sociale. Mais alors même que les mécanismes de la sanction sont internes, puisqu'ils n'existent que par les croyances du sujet, la pression reste sociale s'il est prisonnier de ces croyances au point de ne pouvoir empêcher qu'on le touche par elles. Car ce qui nous expose au pouvoir d'autrui n'est pas uniquement la force de ses propres armes, ce sont parfois aussi des attachements, des représentations, des valeurs qu'il trouve en nous tout disposés à le servir sans notre consentement, s'il le veut. La crainte de déshonneurs qui sont peut-être sans fondement n'a sans doute pas moins d'influence (heureuse ou néfaste) sur bon nombre d'hommes et même sur des peuples, que sur tant d'enfants la peur du loup ou du croque-mitaine. Reste à supposer que les puissances qu'on menace de faire intervenir ne soient pas imaginaires : ce serait aussi un cas d'hétéronomie. Mais notons à cette occasion que dans l'hypothèse de l'existence d'une divinité, les volontés de celle-ci ne seraient comparables à ce que nous appelons le droit que dans la mesure où elles pèseraient au moyen d'une menace de sanction.

Pour que la pression soit sociale, il n'est pas nécessaire que *tous* les éléments qui la permettent soient extérieurs à l'individu. Un élément en tout cas ne l'est pas : la sensibilité à la menace.

La formule *ubi jus, ibi societas* est démontrable à partir de la définition du droit en trois éléments que nous avons exposée. C'est qu'entre l'autonomie et l'hétéronomie, il y a une distinction plus profonde que les mots ne la font paraître. Ce qui diffère, de ces deux termes, n'est pas seulement leur première partie, mais même le sens de -nomie : la pression résultant d'une menace de sanction ne nous paraît pas possible venant de soi. Dans l'hypothèse où néanmoins la différence entre l'effet d'une menace de sanction venant de soi et venant d'autrui serait nulle, la négation d'ordres juridiques individuels, c'est-à-dire l'exigence que la pression suive une trajectoire inter- et non intra-individuelle, ne tiendrait plus qu'au souci de localiser le phénomène juridique d'une façon qui respecte le sens courant du mot droit. Mais ce serait privilégier ce souci aux dépens de la cohérence, puisque cela reviendrait à présenter comme distinctes des choses identiques.

Nous touchons ici en un premier point à la distinction délicate du droit et de la morale. On entend toujours ranger dans la morale les préceptes adressés à celui-là même qui les émet. Cela donne un des sens où l'on peut entendre la « morale individuelle » : ces préceptes

peuvent regarder les devoirs envers autrui tout autant que les devoirs envers soi-même; mais si leur objet est ainsi tantôt social, tantôt individuel, leur mécanisme ne laisse pas d'être individuel. Quel qu'en soit le bénéficiaire, une même personne en est l'auteur et le destinataire, pour autant qu'à des moments différents nous soyons une même personne.

Radbruch⁽²⁾ paraît mettre en doute la caractérisation du droit par l'hétéronomie, parce que ce qui lui semble déterminer une obligation juridique n'est pas la norme elle-même : c'est la prise en considération de celle-ci par la conscience du sujet. En vérité, cela rejoint ce que nous exposons plus loin, à savoir que la norme juridique s'adresse à la conscience; mais il reste que cette sorte de nécessaire importation du vœu de la norme dans la conscience est directement provoquée, au moins en partie, par une pression sociale, et voilà ce qui permet de parler d'hétéronomie.

Il reste à préciser à quoi s'adresse cette pression sociale exercée par toute norme juridique.

Nous disons « à quoi » et non « à qui » parce que ce qui précède ne permet pas de tenir pour certain que le droit s'en prenne à tous les humains et à eux seuls. Cela va pourtant de soi, dira-t-on. Mais avant de le croire, nous préférerions que cela fût démontré. Au reste, cela va si peu de soi que la lune, à Carthage, « avait » des biens; et l'on sait quantité d'ordres juridiques qui prétendaient s'adresser à des animaux, c'est-à-dire les avoir pour sujets; ou, à l'inverse, qui affirmaient ne pas s'adresser à certains hommes, considérés comme des choses, tels les esclaves. Il est vrai qu'il ne faut pas se laisser impressionner outre mesure par l'expression de ces ordres juridiques, laquelle peut toujours nous les montrer différents de ce qu'ils sont en réalité. Si la loi ordonne de lapider un bœuf coupable d'avoir tué un homme, la « sanction » n'est pas liée au « crime », et nous ne sommes pas tenus de voir là une norme juridique s'adressant à l'animal, même si cette loi considère qu'il en existe une. Et si un droit décide que les esclaves n'ont ni droits ni obligations, parce qu'ils ne sont que des choses, alors qu'il prête main-forte à leur maître quand ses gens lui

(2) *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, Scherer, Heidelberg, p. 37.

résistent ou le fuient, la théorie du droit peut constater qu'en vérité cet ordre juridique fait de l'esclave un titulaire d'obligations et en ce sens un sujet de droit, avec cette particularité que le pouvoir presque illimité d'édicter des normes le concernant est abandonné à un seul organe, le maître de l'esclave. La théorie du droit peut faire cette constatation, même si le droit en question, se donnant pour ce qu'il n'est pas, soit erreur d'expression, soit déguisement, soutient que l'esclave n'est pour lui qu'un objet de droit. Mais sous ces réserves, de tels exemples font soupçonner combien inconsidérée est l'opinion que les sujets de droit sont nécessairement et uniquement tous les hommes et certains ensembles d'hommes. La fréquence de cette opinion s'explique sans doute parce que les ordres juridiques proches de nous prétendent s'adresser d'ordinaire à tous les êtres humains qui se trouvent sous leur empire et à eux seuls. Les manifestations sous l'aspect desquelles nous sommes accoutumés à considérer le phénomène juridique tendent à déformer notre conception du droit en général. Habités à des droits qui s'expriment comme si tout être humain était une personne juridique et toute personne juridique un être humain ou une entité (association, fondation) correspondant de près ou de loin à des êtres humains (organes et membres de l'association, organes et bénéficiaires de la fondation), il nous semble évident que la norme juridique est par essence adressée uniquement à des êtres humains et que tout être humain quel qu'il soit est sujet de droit.

Dans la mesure où l'on voudrait donner du droit une notion aussi proche que possible des sens courants revêtus aujourd'hui par ce terme, il faudrait rapprocher la frontière du droit et du non-droit de celle qui sépare les hommes du reste de la nature. Mais à les faire entièrement coïncider, on obtiendrait une notion de droit assez peu cohérente. Ces sens courants nous ont permis en effet de considérer comme norme juridique toute pression par menace de sanction dans le sens d'un vœu émanant de son auteur. Une telle pression n'est concevable que si son destinataire est capable de connaître qu'il est placé devant un choix, et d'opérer celui-ci. Tout être humain ne possède pas à tout moment ces capacités. La conception usuelle du droit est donc inconséquente si elle exige qu'il y ait pression par menace de sanction mais confond être humain et sujet de droit (au sens de destinataire de norme). Inconséquence inexplicable sans l'attraction exercée sur la conception actuelle du droit par la valeur attachée à la personne humaine. Encore une fois ce n'est pas cette valeur que

nous contestons, mais la référence rigide qui y est faite dans la notion de droit.

La conception cohérente la plus proche des notions usuelles de la norme juridique nous paraît faire de celle-ci une pression s'adressant aux êtres en tant qu'ils sont doués de conscience et de volonté. Le droit présente ainsi la particularité de n'obtenir le comportement désiré que moyennant une sorte de *calcul* de la part du destinataire de la norme. Calcul dont celle-ci, par la menace qu'elle comporte d'une sanction, compose et détermine en partie les données.

Il est vrai qu'on appelle couramment normes juridiques des textes punissant des comportements involontaires (oublis, inadvertances, homicide involontaire, etc.). Mais de tels textes ne parlent directement que de ce qu'ils sanctionnent. Il est permis de concevoir qu'ils n'expriment qu'indirectement une norme juridique, et que celle-ci commande non pas de ne pas oublier, de ne pas tuer ou blesser sans le faire exprès, mais de prendre des précautions afin de ne pas en arriver là. Ce mode d'expression suggère d'ailleurs d'en prendre le plus possible.

Le souci de cohérence d'où cette conception de la norme juridique procède n'a d'ailleurs rien de gratuit : car la distinction de ce qui s'adresse à la volonté et à la conscience et de ce qui ne s'y adresse pas a quelque chose de fondamental qui apparaît en de nombreuses occasions. Voici pour quelles raisons.

Qui souhaite l'adoption par d'autres d'un comportement déterminé peut commencer par le conseiller. Il se trouve bien empêché quelquefois d'user d'autres moyens. Le pouvoir lui-même, on l'a dit à un autre propos, recourt à la persuasion, en des circonstances où il pourrait user de la force : c'est déjà toute une partie de ce qu'on appelle la politique. A l'extrême opposé, nous avons vu une autre action du pouvoir en ce que l'auteur d'un souhait conditionne à le suivre ceux à qui il s'adresse, de sorte qu'il lui suffise ensuite d'exprimer un vœu pour être obéi, cette fois sans plus contraindre. Politique aussi étrangère au droit que la première, à ceci près que l'usage de sanctions a pu y être présent comme technique de dressage ou de conditionnement. Ceux-ci réalisés, aucune pression sociale n'est plus nécessaire pour que les vœux du pouvoir soient suivis d'effet : ils le sont grâce à un mécanisme de pression désormais interne aux sujets, lesquels ont intériorisé l'autorité à laquelle leur comportement est soumis. Les décrets des gouvernants jouent alors le même rôle que de simples

conseils adressés par X à Y au nom des valeurs de Y (partagées ou non par X).

Mais ces deux branches de la politique ne font pas encore toute l'activité du pouvoir.

La première, la persuasion, lui sert à régler surtout des problèmes mineurs. Pour le surplus, il en prend bien le langage un certain temps, mais il en change, car on perd patience, à la fin, devant l'incompréhension ou l'indifférence. Ou devant des objections embarrassantes : « Je ne respecte que ceux qui me résistent, aurait dit le général de Gaulle, mais je ne peux pas les supporter ». Ces objections sont d'autant plus gênantes qu'elles viennent souvent de personnes dont le concours serait précieux : la docilité et la crédulité ne sont pas le fort des êtres capables (de là le mépris secret de leurs plus dévoués partisans qu'on peut découvrir chez certains chefs grâce à une parole ou à un geste qu'ils laissent échapper et dont la signification les surprendrait peut-être eux-mêmes). Aussi l'homme de pouvoir n'apprécie-t-il rien davantage que les services de compagnons enthousiastes, durablement disciplinés et fidèles, et néanmoins doués, concours assez rare. Les circonstances sont donc nombreuses où il faut bien contraindre si l'on veut être obéi.

Cependant, la contrainte pure et simple, par quoi la désobéissance est non pas découragée, mais pratiquement exclue, ne présente pour le pouvoir qu'un intérêt limité. Que cette contrainte intégrale ne fasse qu'un instrument insuffisant, cela va sans dire si elle est physique, et demeure vrai si elle est morale : le conditionnement ne peut servir à tout. Soit qu'on répugne à des méthodes qui impliquent peu de respect pour la personne humaine, pour sa « liberté ». Soit parce que la contrainte totale ne permet d'obtenir que des conduites assez peu diversifiées : l'homme n'est pas le meilleur des automates, il est malaisé d'en obtenir un comportement utile si une partie trop importante de sa volonté est éclipsée, ou une obéissance exacte si on le manœuvre à son insu. Les services humains les plus appréciés sont d'ordinaire ceux à la qualité desquels ceux qui les rendent collaborent non seulement avec docilité, mais en outre par des *initiatives*, fruits irremplaçables de la volonté et de la conscience combinées (le succès des grèves par application stricte des instructions émanant de l'employeur ne s'explique pas autrement). C'est donc à cette volonté et à cette conscience qu'il est le plus expédient de s'adresser pour être bien servi.

Faute de les gagner en persuadant, il reste à les circonvenir au moyen d'une pression, mais qui demeure suffisamment lâche pour laisser du jeu à l'une et à l'autre. Ainsi naît la troisième partie de l'action politique, de l'activité du pouvoir, et cette partie à son tour en comprend deux : les pressions par promesse de récompense forment la première; la seconde, qu'on appelle parfois contrainte, mais dans un sens tout différent de celui que nous avons rencontré plus haut puisqu'ici la volonté des destinataires joue un rôle, n'est autre que le droit.

On comprend mieux dès lors pourquoi ce n'est pas la sanction au sens strict qui caractérise la norme juridique, mais bien plutôt la menace de cette sanction. L'application même de celle-ci révèle un échec de cette partie de la politique que constitue le droit, en même temps il est vrai qu'elle tend à la prémunir contre des échecs ultérieurs.

Naturellement, un même pouvoir peut joindre ces politiques, et de façon plus ou moins ingénieuse les combiner; par exemple, si quelque autorité (nous ne pensons pas seulement à une autorité étatique) peut se donner des allures débonnaires et libérales grâce à la modération habituelle de ses sanctions, c'est souvent parce qu'elle rencontre chez l'ensemble de ses ressortissants une disposition fondamentalement favorable pour elle. Or, il n'est pas rare que la vigueur de ce sentiment, foi, civisme, esprit de famille ou de corps, soit entretenue et fortifiée avec l'aide des sanctions, celles-ci très sévères, que le même pouvoir attache aux manifestations d'un sentiment contraire, articulantes ainsi bout à bout et faisant s'entrappuyer au service d'un même vœu deux pressions sociales et une pression intraindividuelle intermédiaire.

Il est peut-être temps de rappeler que la description de ces mécanismes n'implique aucun jugement de valeur, partant aucune approbation de notre part. Il n'est pas sûr qu'on puisse les apprécier en valeur sans vérifier dans chaque cas s'ils servent une bonne ou une mauvaise cause. De toute façon, s'il y a du cynisme, c'est à les utiliser, non à les constater ni à les étudier.

Revenons à l'idée qu'un être n'est à proprement parler sujet de droit que dans la mesure où un vœu impératif s'appuie sur une pression s'adressant à lui du dehors en tant qu'il est doué de conscience et de volonté. S'il est privé de l'une ou de l'autre, il ne peut être qu'objet de droit. Les ordres juridiques qui en décident autrement le font par fiction, ce qui ne veut pas dire inutilement. A cet égard, il est

intéressant d'analyser, par exemple, la distinction de la capacité de jouissance et de la capacité d'exercice. D'une manière générale, le lien entre la présence d'une certaine pression et la qualité de sujet de droit, lien qu'une apparence trompeuse fait paraître simple, se conçoit plus sûrement au travers d'exemples offerts par le réel. Ils sont quelquefois lamentables, mais ce n'est sûrement pas une bonne raison d'en détourner l'attention, qu'ils exercent par leur étonnante diversité.

Un être peut se trouver simple objet de droit encore qu'il jouisse de conscience et de volonté. En effet, les normes qui ont une influence sur son sort peuvent ne pas s'adresser à cette conscience et à cette volonté, ne laisser aucun choix entre l'obéissance et le risque d'encourir la sanction. Il suffit que ces normes commandent seulement à d'autres que l'intéressé de se conduire envers lui d'une certaine façon.

Un vœu du pouvoir n'est donc pas du droit pour toutes les personnes qu'il vise, notamment dans les cas suivants : 1° on se borne quelquefois à proposer, avec ou sans promesse de récompense; 2° certains des destinataires apparents sont indifférents à la menace dont le vœu s'accompagne; 3° on peut s'en prendre à des êtres privés dans une mesure importante de conscience ou de volonté (enfants, aliénés, etc.); 4° le pouvoir, en menant sa politique, peut ne pas porter clairement ses desseins à la connaissance des personnes auxquelles il en a (la capacité de connaissance existe mais elle est trompée par certaines propagandes, par de faux bruits, par des feintes); 5° il peut en d'autres cas placer des individus dans une situation dont il les laisse peut-être parfaitement conscients, mais sans faire aucunement concourir leur volonté, fût-elle intacte (ainsi l'exécution d'une peine par contrainte pure et simple; la mort de Laval offre à cet égard un exemple particulièrement clair : après qu'il eut tenté de se suicider, on le ranima afin qu'il se voie exécuter). Il n'en va pas de même si l'on requiert une coopération du condamné : boire la ciguë, s'ouvrir les veines, etc.

CHAPITRE XVII

Corollaires : si toute norme fait une obligation; si il y a des degrés de juridicité; si une prescription cesse d'être juridique parce qu'elle est « imposée par le milieu tout entier »; si la loi du plus fort est toujours la meilleure; si il faut appeler norme juridique l'exigence de n'importe quoi de possible, notifiée par n'importe qui à quiconque se trouve exposé en quelque manière à son pouvoir de fait

Si toute norme juridique est une pression, on ne peut la concevoir sans destinataire : il faut qu'en vertu de chaque norme, quelqu'un soit tenu à quelque chose sous peine d'une sanction. Voilà une conséquence de notre conception du droit qui paraît bien la remettre en cause. Car ne connaît-on pas quantité de règles dont on ne voit pas qu'elles fixent une obligation, et qui se contentent de donner un droit, un pouvoir, une permission ou une liberté ? N'en cite-t-on pas même qui se bornent à définir une notion juridique ? Ou encore à qualifier en droit une situation, ce qui est faire implicitement la même chose ? Si l'on veut demeurer cohérent avec la conception du droit dont nous avons parlé, il faut pourtant bien que ces règles reconnues juridiques fassent une obligation, ce dont il n'y a pas d'apparence, ou ne soient pas juridiques.

Nous pensons que ces règles en effet ne sont pas juridiques si elles n'obligent personne; toutefois, la plupart le sont parce qu'elles créent des obligations, quoiqu'elles ne le disent pas. Afin de savoir si ces normes juridiques prétendues sont véritables, il faut vérifier si leur expression est traduisible en termes où apparaisse un destinataire chargé d'une obligation. Mais nous ne pouvons nous livrer à cette vérification qu'après avoir précisé davantage ce corollaire de notre concept de la norme juridique, qu'il n'en est aucune sans obligation. Quel est le contenu de celle-ci ? Qui en est titulaire ?

Le contenu ou l'objet de l'obligation est l'adoption d'un comportement quelconque auquel la norme n'attache pas la sanction. Si donc un texte dit qu'on est obligé de ne pas faire A ni B et sanctionne A, la norme qu'il exprime est en réalité d'interdire A seulement.

L'obligation est l'état où une norme place son destinataire. Mais destinataire du vœu ou de la sanction ? L'obligé est celui sur qui la pression pèse afin qu'il se conforme au vœu de la norme. On pourrait tenter de montrer que sanction et obligation sont au contraire dissociées et produire des cas où l'on dit que la sanction frappe une autre personne que le titulaire de l'obligation (responsabilité pour autrui, comme celle du maître pour ses préposés, ou collective, comme celle des otages, des peuples frappés de représailles internationales à cause de violations de traités commises par leurs gouvernants, etc.). De deux choses l'une : ou bien la sanction menace X, qui n'en peut mais, pour faire pression sur Y, grâce à ses sentiments pour X (prise d'otage) ou via l'influence de X (responsabilité du chef pour les actes de ses subordonnés) : cette menace en produit une autre par répercussion sur Y, et seul celui sur qui ces menaces font pression est titulaire de l'obligation. Ou bien Y paraît visé mais le désagrément annoncé menace X alors que Y, inconscient, absent ou mal disposé, n'en peut ressentir aucune pression ; et c'est alors fictivement qu'on parlerait d'obligation de Y, quand il y a en vérité obligation de X, ou même pas d'obligation du tout, mais sanction aveugle ou simple mesure de réparation. On rencontre encore une autre fiction du même genre lorsqu'on entend dire qu'une personne employée par une société peut être punie pour méconnaissance d'obligations *incombant à ladite société*, au motif que celle-ci « agit par » cette personne : si elle est punie, il se peut qu'elle soit en réalité titulaire de ces obligations, peut-être même leur seul titulaire.

Avant les précisions que nous venons d'apporter, nous avons annoncé une vérification. Il s'agit, rappelons-le, d'examiner pour divers types de propositions, généralement considérées comme des normes juridiques, s'il est possible de leur donner une expression qui fasse apparaître une obligation.

Dans sa présentation la plus transparente, en effet, la norme juridique est exprimée de manière à désigner l'obligé. Soit en disant qui doit obéir au vœu, soit même en ne se montrant explicite qu'à propos de la sanction. Cela revient au même de dire : l'amende pour vol se

monte à telle somme, l'inexécution du contrat par une partie autorise l'autre à en demander la résolution, voire à le rompre elle-même, à réclamer des dommages-intérêts, etc., ou de dire : chacun est obligé de ne pas voler sous telles peines, toute partie à un contrat doit l'exécuter sous telles sanctions. Toutes les normes ne sont pas exprimées sous cet angle mais toutes, nous l'avons vu, doivent pouvoir l'être. Toute expression d'une norme juridique doit pouvoir, si indirecte et si complexe qu'elle soit, se traduire par la version simple et transparente dont nous venons de parler. C'est ce que nous allons chercher à faire pour les quelques variétés de préceptes dont nous avons dit qu'ils passent pour des normes juridiques encore que leur expression ne fasse pas apparaître d'obligations, mais seulement des droits, des pouvoirs, des permissions, des libertés, des définitions ou des qualifications.

Pour ceux qui confèrent un *droit* ou quelque autre *pouvoir*, leur portée juridique est douteuse s'ils ne disent pas sur qui ce pouvoir est accordé (c'est pourquoi le « droit à la vie », « au travail », etc. ne sont parfois des droits que sur le papier) ; et s'ils le disent, voici désigné du même coup le titulaire d'une obligation correspondant à cette prérogative. Le pouvoir dont nous parlons ici n'est pas celui qui est nécessaire pour qu'une norme puisse exister ; c'est celui que certaines normes constituent. A toute obligation correspond un pouvoir sanctionnateur, celui de l'auteur même de la norme qui la crée ; mais à toute obligation ne correspond pas nécessairement un pouvoir au second sens, lequel, parfois appelé droit subjectif, résulte d'une habilitation à exiger l'exécution de l'obligation : il est fait non seulement d'une permission de demander cette exécution à l'obligé ou de prier un organe de bien vouloir appuyer cette demande, mais d'une norme distincte de celle qui fait l'obligation, quoique souvent exprimée en même temps, et qui, à propos de cette obligation, délègue à quelqu'un le moyen de participer au déclenchement de la sanction, par le fait qu'elle oblige un organe à intervenir à sa requête. Quant à la question de savoir dans quels cas ce pouvoir conféré s'appelle droit subjectif, elle obéit à un usage assez capricieux. Celui-ci semble s'inspirer de l'idée qu'il faut distinguer suivant que cette prérogative est confiée à celui ou ceux dont les intérêts propres bénéficieraient de l'exécution de l'obligation ou à des organes censés remplir avant tout la fonction de faire respecter les normes juridiques. Cette inspiration n'opère toutefois pas constamment. D'autre part, il faut noter que ces considérations rejoignent

gnent l'idée, chère à Kelsen, que présenter le droit subjectif comme primordial par rapport à l'obligation est une attitude plus idéologique que scientifique; qu'en effet, il ne correspond même pas un droit subjectif à toute obligation: un certain nombre d'obligations, plus ou moins élevé suivant l'orientation politique plus ou moins paternaliste du régime, peuvent être sanctionnées uniquement à l'intervention de l'auteur de la norme qui les crée ou d'organes chargés par lui de la faire respecter, non à celle des particuliers qui ont intérêt à l'exécution de ces obligations.

D'autres textes que ceux qui confèrent un pouvoir dans le sens que nous venons de préciser paraissent encore plus éloignés de brandir aucune sanction, comme de créer quelque obligation; ce sont ceux qui *permettent* de se conduire d'une certaine façon, ou en donnent la *liberté*. Mais permettre signifie plusieurs choses, donner une liberté aussi.

Il se peut d'abord que ces textes expriment non pas une norme, mais la modification d'une norme. Supposons une interdiction générale (de tuer, par exemple): l'octroi d'une permission (en cas de légitime défense, etc.) vient lever partiellement cette interdiction. On peut avoir, pour une même norme, plusieurs textes dont aucun ne l'exprime à lui seul, de sorte qu'elle résulte seulement de leur combinaison. Certaines règles accordent au titulaire d'une obligation la possibilité de se libérer par une manifestation de volonté (ce qui fera peut-être naître d'autres obligations, mais peu importe ici). On dit alors que l'obligé peut se libérer, et parfois même qu'il en a le pouvoir (« pouvoir » de dissoudre un contrat de travail par licenciement ou démission): autre sens du mot pouvoir.

Si au contraire un texte portant permission ne mord pas sur une norme, il n'a pas de contenu juridique: il n'autorise que ce qui n'était pas prohibé. Ainsi certains textes ne font en réalité que rappeler que l'ordre juridique ne s'oppose par aucune norme à tel comportement, alors qu'ils déclarent donner la liberté ou le pouvoir d'adopter ce comportement. On croit parfois qu'ils expriment des normes, quand ce ne sont que des commentaires officiels soulignant l'existence de permissions, simples absences d'interdiction. Soit dit en passant, nous rencontrons ici un nouveau sens du mot pouvoir.

Encore faut-il vérifier, quand un texte déclare permettre, s'il ne fait pas davantage en réalité. Lorsqu'un organe du pouvoir donne à quel-

qu'un une liberté, il n'exprime pas toujours par là qu'il s'abstiendra simplement de le diriger. Il émet en outre une norme, s'il entend interdire à d'autres organes ou à des particuliers (des « tiers ») de contrecarrer le comportement protégé. Dans ce cas, le pouvoir, au lieu de permettre simplement, c'est-à-dire au lieu de s'abstenir d'entraver, permet en ce sens tout différent qu'il intervient pour empêcher d'entraver. On a une permission ou une liberté constituée, et non pas seulement laissée, par le droit. Il peut arriver qu'une telle permission ou liberté soit à son tour appelée pouvoir, ce qui fait encore à ce mot un sens de plus et donne à penser quelle confusion menace l'esprit si cette polysémie n'y est pas constamment présente.

Un texte peut encore porter une « permission » qui ait valeur de norme, au lieu de ne donner qu'une permission simple. En effet, ces normes particulières qui, au sein d'un ordre juridique, définissent les « pouvoirs » (judiciaire, exécutif, régional, etc.), c'est-à-dire les différents organes du pouvoir et leurs attributions, s'expriment souvent en disant qu'il est permis à tel collège de décider etc. Mais l'habilitation de quelqu'un à prendre des décisions obligatoires pour d'autres revient à faire à ceux-ci l'obligation d'obéir aux normes qu'elle « permet » de créer. Ainsi que nous l'avons dit un peu plus haut, cette habilitation a pour effet, notamment, de déléguer un pouvoir, c'est-à-dire de mettre un appareil de sanctions à la disposition de quelqu'un. Ce n'est donc pas permettre seulement, que permettre ainsi d'imposer. Les nombreuses lois disant: « le juge pourra » ... (convoquer, interroger, clore, exiger, enjoindre, condamner, etc.) renvoient à bien plus qu'une simple permission alors qu'ils usent d'un terme qui n'exprime souvent que cela.

D'innombrables textes enfin, considérés comme juridiques, se rattachent à la sanction de façon encore moins directe puisqu'ils ne parlent ni d'obligation, ni de droit, ni de pouvoir, ni même de permission mais seulement de *définition* (celui qui agit de telle sorte *est réputé* avoir conclu un contrat; tel comportement *équivaut* à l'acceptation d'une succession; la donation *est* un contrat par lequel etc.; le prêt *est* un contrat réel; le père d'un enfant *est* le mari de la mère; l'enfant né dans telles conditions *est* français; les créances, les fruits *sont* des meubles, etc.).

Or ce qui dépend du droit est la définition non pas des meubles, des choses dangereuses, de l'usure, des cours d'eau navigables, des

inventions, de la filiation, etc., mais de ce qu'il décide d'appeler ainsi dans un discours qui participe à l'expression de normes. Cela est vrai non seulement de notions comme meubles, contrats ou donations, mais même de la notion de norme juridique. Supposons que le pouvoir institue une cour pour connaître de la violation de toute norme juridique et qu'il veuille ensuite en étendre ou en restreindre la compétence. Il pourra certes exprimer cette dernière volonté comme une dérogation au principe que cet organe connaît de la violation de toute norme juridique : il aura alors choisi de donner à cette volonté la formulation la plus juste, la plus exacte, la plus scientifique. Mais il arrivera aussi qu'il dise : tel phénomène (celui qu'il veut ajouter ou ôter à cette compétence) *est* ou *n'est pas* une norme juridique. Comme il parle non de la notion de norme juridique, mais de la compétence qu'il reconnaît à une cour, cette définition signifie que son objet n'est pas norme juridique au sens de la règle attribuant compétence, non qu'il ne l'est pas en soi. Il n'est pas norme juridique d'après sa « nature juridique », mais il le reste dans sa nature réelle. Car s'il est au pouvoir d'une autorité de créer, de ne pas créer ou de défaire des normes juridiques, la définition de la norme juridique en elle-même ne lui appartient pas, non plus que celle de ce que le langage courant désigne de ce nom. Ainsi le droit parle quelquefois de ce qui n'est qu'en lui dans les mêmes termes que s'il décrivait une réalité extérieure et se prononçait sur la nature même des choses. Il établit par là des catégories que le juriste est souvent bien obligé d'apprendre avant d'en connaître toutes les fonctions, comme celui qui s'initie à une langue en étudie les mots de confiance, sans en connaître tous les emplois. De là une tentation de considérer ces définitions comme s'appliquant aux choses elles-mêmes et non seulement à un vouloir qui y a trait. Ce d'autant plus insensiblement que le droit ne construit pas toujours ces catégories de toutes pièces, mais les emprunte souvent à celles mêmes qui servent au langage non juridique (père, meuble, etc.).

De deux choses l'une. Ou les textes en question définissent des notions dont se servent d'autres textes, lesquels font une obligation : les premiers ont une incidence sur le plan de ces obligations et contribuent à décrire le champ d'application de normes. Ou, au contraire, on ne peut combiner les textes portant définition avec d'autres, de façon à connecter les premiers avec une sanction, en les faisant participer à l'établissement des conditions auxquelles cette sanction est applicable : et ils n'ont rien de juridique, si ce n'est l'apparence (voyez

parmi les proclamations, déclarations, chartes, constitutions, etc.). *Pater is est, quem justae nuptiae demonstrant* n'est de toute façon pas une norme juridique complète. C'est une proposition affectant les normes qui fixent des obligations en fonction de la qualité de père. Si cette qualité n'entraîne plus dans les conditions d'aucune obligation, la formule *pater is est...* n'aurait même plus rien de juridique, hormis peut-être l'apparence et la réputation.

On voit par là combien les définitions qu'on trouve dans les textes diffèrent de celles de la science du droit proprement dite, en ce que les premières, au rebours des secondes, sont en vérité des décisions. Les notions juridiques (au sens de notions données par le droit, non par la science du droit) relèvent du domaine de l'action. Elles peuvent fort bien être arbitraires : c'est une méprise de les juger d'après leur fidélité au réel, comme des notions scientifiques. On ne peut en tout cas les apprécier indépendamment du contenu des volontés qu'elles servent à exprimer. Isolées, on les jugera sur leur précision peut-être, mais sûrement pas sur leur réalisme. Car en quoi consiste leur fonction ? Elle est non de connaître la réalité, mais de la transformer ; non de dire ce que le droit était, mais de le faire devenir autre chose ; en un mot non de *décrire*, mais de *prescrire*. Toutefois, les théoriciens du droit n'opèrent pas toujours une distinction tranchée entre les notions juridiques qui sont leurs notions sur le droit et les notions juridiques qui sont celles par lesquelles le droit s'exprime. Cela tient à des raisons qu'on étudiera plus loin et notamment à celle-ci, qu'étant presque toujours spécialisés dans la connaissance et le maniement d'une famille déterminée de normes, ils ont dû pour ainsi dire entrer dans un langage particulier.

Il est des Etats d'une faiblesse dérisoire, et des gouvernements de même, en exil ou non. A l'opposé, on voit des Etats et des gouvernements forts, sans compter de puissants « Etats dans l'Etat ». Dans la mesure où l'impérativité et la capacité de pression par menace de sanction peuvent varier, il existe des degrés de juridicité puisque cette pression est la substance même de la norme juridique. Il serait arbitraire de vouloir arrêter le degré de pression assez faible pour qu'on puisse dire, sans trop heurter le sens commun : ici finit le droit, et le non-droit commence. Dès lors que les éléments constitutifs du droit sont tous réunis, si peu qu'il y ait de chacun, la cohérence nous con-

traint à reconnaître la présence du phénomène juridique, même là où parmi les facteurs qui pèsent sur les conduites, son rôle n'est pas prépondérant. Une définition jusnaturaliste pourrait fort bien distinguer elle aussi des degrés de juridicité : il lui suffirait de suivre la mesure dans laquelle le pouvoir respecte une valeur donnée. Si l'on préfère le positivisme au jusnaturalisme, ce ne pourra donc pas être parce qu'il aboutit à tous égards à une notion du droit plus nette et plus tranchée. En vérité, ce que nous sommes conduits à admettre ici pour fixer sans illogisme une limite au concept de droit nous met aussi en présence de celle qu'offre l'intérêt même d'une définition.

A propos des degrés de juridicité, nous avons parlé de pouvoir fort et de pouvoir faible. Observons qu'un peu à tort, on donne quelquefois à ces expressions un sens qui n'a pas trait à l'intensité du pouvoir. Elles sont alors relatives à la proportion de ceux qui y participent. On use ainsi des termes pouvoir fort (voire, dans le même sens, gouvernement autoritaire) pour dire seulement que ceux qui dominent restent peu nombreux. En vérité ce sont là plutôt des « hommes forts » au pouvoir. Qu'ils n'y souffrent pas de concurrents ne signifie pas qu'ils puissent tout se permettre envers le peuple. Assez forts pour gouverner sans partage, ils ne le sont pas toujours assez pour gouverner fermement et déterminer chez les sujets des conduites très différentes de celles qu'ils suivraient livrés à eux-mêmes. Bien mieux, pour que le club des dirigeants reste fermé sans contestation, il est parfois utile que son pouvoir ne pèse pas trop (l'observation peut pousser les gouvernants, même dictatoriaux, à la démagogie); cependant que les décisions imposées par le grand nombre peuvent impunément malmener toute une fraction de la population, et parfois plus sûrement que les décrets dudit « pouvoir fort » ou « autoritaire ». Une majorité est capable de régner de façon plus intense que ne pourrait faire, sans appui extérieur, aucun tyran ni aucune junte. Dans ce sens, il peut arriver à une majorité d'être on ne peut plus autoritaire. A égalité de « prise de conscience », peu de peuples opprimés par leurs chefs se trouvent dans une extrémité si désespérée que celle où se voient réduites les minorités opprimées ne la surpasse pas. Il est vrai que ce pouvoir illimité dont elles disposent, les majorités ne l'exercent d'ordinaire pas pleinement. Cela tient notamment à ce qu'elles éprouvent souvent à l'égard de membres des minorités un

sentiment de communauté ou de solidarité qui s'y opposerait. Mais ce sentiment ne va pas de soi. Il repose en partie sur un autre : sur celui d'une identité ou du moins d'une profonde ressemblance. Il n'est rien à quoi l'on ne puisse s'attendre à partir du moment où une majorité ressent une minorité comme étrangère à un point de vue qui lui paraît important. Aussi devrait-on réserver les termes « pouvoir fort » aux cas où le pouvoir est le plus capable de peser, indépendamment du nombre de ceux qui y sont.

De même que le nombre des titulaires du pouvoir ne divise pas nécessairement ses forces, il n'ôte rien par lui-même au caractère juridique des prescriptions que l'autorité établit. Le sentiment opposé prévaut souvent. Il n'épargne même pas toujours les sociologues du droit. Ainsi Timacheff, qui définit le droit comme une coordination sociale et impérative des conduites à un modèle, entend ces termes de façon assez singulière. Selon lui, pour être impérative et constituer du droit, la coordination sociale des conduites doit être centralisée. Le modèle doit être imposé par des centres actifs du pouvoir, et non avoir pour support la société tout entière, comme on le voit dans certaines. Telles sont les sociétés dites primitives où le pouvoir centralisé n'existe pas; et aussi ces sociétés où un pouvoir centralisé existe mais se désintéresse de nombreuses contraintes (saluer, se lever au cours d'une cérémonie, etc.) ou du moins se repose sur l'ensemble du soin de les assurer. Il faudrait donc distinguer le droit, contrainte venant d'un pouvoir centralisé, et d'autre part des contraintes sociales diffuses qui ne seraient pas juridiques parce qu'elles émaneraient, suivant l'expression de l'auteur, du groupe tout entier⁽¹⁾.

Une telle opinion, quoique répandue, nous paraît insoutenable. Serait-elle suggérée par quelque religion de l'Etat ? On pourrait le soupçonner chez un juriste; cela paraît plus inattendu de la part d'un sociologue. Quoi qu'il en soit, passons à la réfutation. Que dans un groupe de mille personnes, la volonté dominante soit celle d'une seule, de sorte qu'il y ait 999 sujets, ou celle de 10 contre 990, ou de 500 contre 500, ou de 999 contre une seule, cela ne nous semble faire qu'une différence de degré. Nous ne voyons pas que la variation de ce degré fasse apparaître ou disparaître le phénomène juridique. Au lieu que si cette volonté devenait celle de tous les mille, et aussi long-

(1) V. N.S. TIMACHEFF, *Introduction à la sociologie juridique*, Paris, Pedone, 1939, spéc. pp. 16 et 18.

temps qu'elle le resterait, cette disparition, jusqu'au dernier, des récalcitrants emporterait que rien ne serait plus imposé à personne. C'est alors seulement qu'il pourrait n'y avoir plus de droit.

Remarquons en passant qu'il est absurde de dire qu'une personne, membre d'un groupe, se voit imposer quelque chose par le « groupe comme totalité ». Si les dispositions d'un des individus dont nous parlions changent, de sorte que ce qui lui plaisait hier, quand l'accord était unanime en vue d'adopter ce comportement et au besoin de le commander, lui est imposé aujourd'hui, ceux qui sont restés fidèles à la volonté naguère unanime en prescriront le respect à cet individu, et lui représenteront peut-être qu'il résiste à la « volonté du groupe tout entier ». Il pourra répondre que celle-ci n'est plus. On lui soutiendra que sa seule défection ne suffit pas pour mettre fin à un fait aussi respectable que la volonté du groupe tout entier. On aura tort. Du reste, on reconnaîtrait que beaucoup de défections y suffiraient : qui arrêtera le chiffre décisif ? Que de fois n'entend-on pas déclarer abusivement : « Nous sommes tous — ici présents, ou habitants de cette ville, ou membres d'une catégorie, etc. — d'accord; nous voulons tous que... » (tous moins un se prennent volontiers pour la totalité, mais ne font jamais qu'une majorité). Sans doute n'est-ce là souvent qu'une façon de parler; et puisque l'erreur de dire « le groupe » pour « la plus grande partie du groupe » est si commune, notre auteur a pu la commettre par une pure complaisance de langage. Mais une telle complaisance tient du procédé. Car si ce que la plupart imposent massivement n'est pas du droit pour Timacheff, il semble bien que ce soit parce qu'il y voit quelque chose de plus élevé que le droit. Déjà celui-ci ne lui paraît présent — il le dit d'autre part — que si la coordination impérative à un modèle non seulement est exigée par un centre actif de pouvoir, mais en outre exprime la conviction éthique du groupe social; au lieu que si la coordination est « purement impérative », elle ne revêt pas, selon lui, le caractère juridique, parce qu'elle est arbitraire et despotique. Tout se passe comme si l'auteur évaluait et en même temps définissait le droit comme une sorte de demi-mal nécessaire, à placer plus haut que la force sans justice, mais moins haut que la justice non compromise avec la force. L'expression « groupe comme totalité » pour désigner le grand nombre suggère que celui-ci se contente de faire régner une discipline librement consentie, laquelle est souvent tenue pour supérieure en qualité à la volonté d'un chef.

Il se pourrait qu'il y eût dans tout cela une trace de jusnaturalisme. Les opinions que nous venons de rencontrer recèlent en tout cas un élément irrationnel, en ce qu'elles grossissent, dans la vision de l'humain, la part du social (comme d'autres en exagèrent la part individuelle). Il est difficile de savoir si cette attitude obéit à l'influence d'un jugement de valeur.

Les rapports du droit et de la force inquiètent. On ne compte pas les adages et les expressions qui attestent cette préoccupation. L'idée que droit et force iraient de pair effraie; il semble parfois qu'on veuille conjurer cette liaison, et à d'autres moments qu'on cherche à s'en accommoder. Le langage porte les traces de cette hésitation. Tantôt il reflète le mythe que force et droit s'opposent, et tantôt l'idée qu'ils sont associés. Pour caractériser le Grand Interrègne où, faute d'autorité centrale, les seigneurs du Saint Empire réglèrent leurs différends par la force, on a parlé ironiquement de *Faustrecht* (droit du poing). Mais lorsqu'une situation analogue accable un pays, quand les factions et les groupes de pression ne s'en laissent plus imposer du tout par aucun pouvoir agissant au nom de l'intérêt général, et que les citoyens lassés de leurs mangeries se mettent à souhaiter un gouvernement ou un homme fort pour que l'Etat soit vraiment lui-même, et le règne du droit restauré, ne parle-t-on pas souvent d'un gouvernement ou d'un homme « à poigne » ? Soit dit en passant, ceux qui parlent ainsi présument cet homme éclairé, sobre et honnête, au lieu que d'autres présument tel le peuple.

C'est assez d'appeler norme juridique tout vœu impératif émanant d'un pouvoir quelconque, de tout corps ou de toute personne capable de faire pression par la menace d'une sanction, pour s'entendre reprocher d'adhérer à cette proposition scandaleuse que « la loi du plus fort est la meilleure ». Pourtant, en théorie du droit, nous sommes bien éloigné d'une telle adhésion. Non parce que la formule nous déplaît, ce qui est irrelevant, tout en étant certain. C'est plutôt qu'elle est ambiguë. A la lettre, elle contient un pléonasme : la loi du plus fort. Vit-on jamais le plus faible dicter sa loi au plus fort ? Et si la loi du plus fort est toute la loi, pourquoi en parler comme d'une loi parmi d'autres ? Il faudrait pourtant pouvoir le faire pour dire qu'elle est la meilleure. Ou loi du plus fort signifie-t-il simplement volonté

dominante, et veut-on exprimer par là qu'elle est toujours supérieure en valeur à la volonté qui s'y oppose, parce que celle-ci est impuissante et que celle-là l'emportera ? On l'entend parfois ainsi, et plus souvent on feint de le croire par ironie. On veut dire alors que le plus fort tend à imposer non seulement que sa volonté soit faite, mais encore qu'elle soit jugée bonne.

Tout à l'opposé, il est chez les juristes un adage : « Force n'est pas droit ». Il fait plaisir à entendre, même si l'on a quelque peine à en préciser le sens. Lorsqu'on l'emploie avec une signification concrète, celle-ci est souvent que si des particuliers entrent en conflit, ce n'est pas au plus puissant que le législateur ou le juge donnent raison, même s'ils sont mis devant un fait accompli. S'il en est ainsi, on peut s'en réjouir, mais sans oublier que cette impartialité du souverain ou du juge suppose pour triompher autant de pouvoir que de vertu. Le plus fort en vérité n'est alors ni l'un ni l'autre de ces particuliers, mais le pouvoir qui impose son arbitrage. « Force n'est pas droit » n'est effectif que si c'est le plus fort qui le dit. Si un justiciable était réellement le plus fort, c'est-à-dire plus puissant que le pouvoir politique et l'appareil judiciaire, il les intimiderait. S'ils demeuraient intraitables, il les changerait. Et s'il n'allait pas jusque là, il en aurait du moins par hypothèse le pouvoir. Il ferait donc la loi, et mentir l'adage.

« Le plus fort n'est jamais assez fort pour être toujours le maître s'il ne transforme sa force en droit, et l'obéissance en devoir. » Voilà encore une belle formule, par où commence un des premiers chapitres du *Contrat social*. Mais que signifie-t-elle ? Comment se peut-il que le plus fort « transforme sa force en droit » ? Cherchons-le dans la suite du texte :

« ... De là le droit du plus fort; droit pris ironiquement en apparence, et réellement établi en principe. Mais ne nous expliquera-t-on jamais ce mot ? la force est une puissance physique : je ne vois point quelle moralité peut résulter de ses effets. Céder à la force est un acte de nécessité, non de volonté; c'est tout au plus un acte de prudence. En quel sens pourra-ce être un devoir ?

» Supposons un moment ce prétendu droit. Je dis qu'il n'en résulte qu'un galimatias inexplicable; car, sitôt que c'est la force qui fait le droit, l'effet change avec la cause : toute force qui surmonte la première succède à son droit. Sitôt qu'on peut désobéir impunément, on

le peut légitimement; et, puisque le plus fort a toujours raison, il ne s'agit que de faire en sorte qu'on soit le plus fort. Or, qu'est-ce qu'un droit qui périt quand la force cesse ? S'il faut obéir par force, on n'a pas besoin d'obéir par devoir; et si l'on n'est plus forcé d'obéir, on n'y est plus obligé. On voit donc que ce mot de *droit* n'ajoute rien à la force; il ne signifie ici rien du tout.

» Obéissez aux puissances. Si cela veut dire : cédez à la force, le précepte est bon, mais superflu; je réponds qu'il ne sera jamais violé. Toute puissance vient de Dieu, je l'avoue; mais toute maladie en vient aussi; est-ce à dire qu'il soit défendu d'appeler le médecin ? Qu'un brigand me surprenne au coin d'un bois, non seulement il faut par force donner la bourse, mais quand je pourrais la soustraire suis-je en conscience obligé de la donner ? car enfin le pistolet qu'il tient est aussi une puissance.

» Convenons donc que force ne fait pas droit, et qu'on n'est obligé d'obéir qu'aux puissances légitimes. Ainsi ma question primitive revient toujours. »

Laissons là cette question de l'auteur, mais reprenons celle à laquelle nous avons parcouru ce chapitre pour répondre. La première phrase, on l'a vu, affirme comme condition d'un certain succès que le plus fort « transforme sa force en droit »; qu'est-ce à dire ? D'abord évidemment que le droit ne se réduit pas à la force. Mais que faut-il ajouter ou retrancher à celle-ci pour obtenir celui-là ? Toute la suite du chapitre cité, et surtout un passage, indique qu'on peut transformer la force en droit si on lui confère une moralité, et que celle-ci suppose que l'obéissance soit obtenue de la volonté. C'est du reste une des rares conclusions nettes qu'on puisse tirer de ce texte, dont la rigueur n'est pas exemplaire, ainsi qu'il advient même chez des écrivains de grand renom. Il nous semble qu'on puisse deviner la pensée suivante : le droit est fait d'impératifs conformes à la morale, autrement dit bien inspirés; la force comme telle ne nous renseigne que sur l'intérêt qu'elle nous donne à agir comme elle le veut; l'intérêt n'est pas la mesure du bien; la force ne nous montre donc pas où est le droit. Mais il n'est pas certain que telle soit la signification de ces lignes. Et quand cela serait, il faut convenir que l'auteur n'appuyerait pas peu son raisonnement sur des jeux de mots. Il agence sa phrase de façon à suggérer que la volonté n'est pour rien dans l'action de « céder à la force », en commençant par exprimer cette idée (fausse, car on,

cède souvent alors que la résistance reste possible), puis en la corrigeant (« c'est tout au plus... ») à la fois assez pour que sa fausseté ne puisse être reprochée et assez peu pour qu'elle continue d'influencer le lecteur. C'est ce procédé trompeur observable dans quantité de discussions et qu'il faut apprendre à dénoncer : j'affirme A; je reconnais aussi la vérité de B, qui nie A; mais je ne retire pas A; mon interlocuteur ne s'apercevra peut-être pas qu'il n'en reste rien, et s'il s'en avise, je me serai mis en règle par ce que j'aurai dit de B.

Mais le plus extraordinaire est encore une des implications de la première phrase, si l'on se souvient que tout le chapitre tend à minimiser la place de la force dans le droit. Regardons ce début de plus près. Pourquoi ce maître qui néglige de transformer sa force en droit ne reste-t-il pas toujours le maître ? C'est qu'alors il « n'est jamais assez fort » pour *continuer* à s'imposer. Il est vrai qu'un souverain a du mal à le rester s'il ne prend soin d'user de sa force de telle façon que, aux yeux de son peuple, une partie au moins de cette force se transforme en l'autorité de la morale, et les sujétions qu'il lui crée, en devoirs moraux. Mais l'auteur pouvait-il laisser entendre plus ingénument que, dans son esprit même, ce qui fait tout le prix de cette prétendue « transformation » de la force en droit, c'est encore le surcroît de force qu'elle procure ? Au reste, ce petit chapitre est de ceux qui méritent une analyse approfondie, car il est un exemple de ces textes d'abord limpides, écrits d'ailleurs en une langue admirable et servis par l'élévation du sentiment qui semble les inspirer, mais qui se troublent dès qu'on s'y attarde à mieux comprendre chaque mot, aussi sûrement que l'eau du ruisseau dont on retourne les pierres pour connaître ce qui est dessous.

Méditons enfin sur le même sujet ce propos de Pascal :

« *Justice, force.* — Il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours des méchants; la force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste.

» La justice est sujette à dispute, la force est très reconnaissable et sans dispute. Ainsi on n'a pu donner la force à la justice, parce que

la force a contredit la justice et a dit qu'elle était injuste, et a dit que c'était elle qui était juste. Et ainsi ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste » (2).

Il faut enfin rencontrer un effet de notre définition qui paraît plus encore que les précédents se retourner contre elle. C'est que la réunion fréquente des trois éléments que l'on sait obliger à reconnaître un nombre de normes juridiques si grand qu'il paraît exagéré. Certes, on l'a vu, cette définition refuse tout caractère de juridicité à quelques préceptes où la tradition voit du droit; mais d'un autre côté, elle oblige à constater la présence de celui-ci dans quantité de phénomènes regardés souvent comme non juridiques.

Au premier rang de ces phénomènes figure la morale. Nous touchons ici en un deuxième point la frontière qui la sépare du droit. Il ne s'agit plus d'opposer celui-ci à ces préceptes par lesquels leur auteur se fait à lui-même des devoirs (envers lui-même ou envers d'autres) : morale individuelle ou sociale par son objet, mais individuelle par son mécanisme. La question est cette fois de distinguer des préceptes juridiques et des préceptes moraux parmi ceux qu'on adresse à autrui (toujours pour lui prescrire des devoirs envers d'autres ou envers lui-même).

On affirme parfois que ces préceptes ne peuvent être que moraux s'ils touchent à certains objets, alors qu'à notre sens ils peuvent tous être juridiques quel que soit leur objet. Ils ne se trouvent en défaut d'être juridiques que si le deuxième ou le troisième élément de la norme juridique leur manque, c'est-à-dire s'ils sont de simples conseils, ou s'ils s'adressent à l'individu en ne s'appuyant pas sur d'autres forces que celle de ses propres résolutions. Si, au contraire, ces vœux s'accompagnent et d'une disposition à faire pression sur autrui et d'une capacité effective de pression par menace de sanction, ils ne cessent pas sans doute d'appartenir à une morale dite sociale, mais de plus ils deviennent du droit. *Morale juridifiée* peut-être (notre propos n'est pas de définir complètement la morale), normes juridiques en tout cas.

(2) *Pensées*, Brunschvicg, 298.

Ainsi, en principe, morale et droit peuvent coïncider; nous ne suivons pas l'opinion que la morale d'une part, et le droit de l'autre, pourraient se voir réserver un domaine propre, quant aux matières traitées ou aux desseins poursuivis. Ou plutôt nous ne la suivons que sur un point : le droit, contrairement à la morale, ne peut pénétrer là où la sanction n'atteint pas (pensées secrètes, etc.; même si l'on rencontre quelquefois le souci et l'apparence d'une telle extension, comme dans le *Soldatengesetz* allemand du 22 avril 1969, § 8 : « Le soldat doit reconnaître l'ordre de liberté démocratique établi par la loi fondamentale et se comporter toujours de façon à le maintenir »). Encore cette dernière différence des champs d'application n'est-elle pas nécessaire pour distinguer le droit de la morale puisqu'elle est un pur corollaire du rôle, déjà précisé, de la notion de sanction dans la définition du droit.

Aucune autre différence d'objet ne s'impose entre le droit et la morale. Ils peuvent se partager l'influence, mais aussi concourir, que ce soit pour rivaliser ou pour coopérer. Peu de morales vont jusqu'à s'efforcer, comme dans la Chine d'autrefois, de se substituer au droit de l'Etat, mais beaucoup recommandent de le respecter, et ne fût-ce que par là couvrent son objet. De son côté, l'Etat lui-même se mêle souvent des questions qui passent pour relever de la morale. Il lui arrive d'interdire le suicide, non seulement en tant qu'il prive la société de certains de ses membres, mais aussi au nom des devoirs de chacun envers soi-même. Sans parler des Etats qui prescrivent une croyance religieuse, ou du moins ses apparences, et les surveillent bien au-delà de l'assistance au culte, réglant même le costume, la coiffure, la table, les distractions, les jeux et les danses, le tout sous peine d'amende ou de prison. Le vrai est que l'on voit d'un côté certains ordres juridiques étatiques, et plus ou moins moralisants, s'abstenir volontairement d'intervenir dans telles matières ou en vue de tels objectifs qui passent pour demeurer du domaine de la morale, cependant qu'on voit d'un autre côté certains ordres juridiques s'en tenir à peu près à ce domaine. Une répartition de ce type correspond à la coexistence, en un même lieu, de plusieurs autorités suprêmes, et paraît donner un sens à cette situation. Une telle coexistence, pour être paisible, suppose une spécialisation, soit que ces autorités la désirent spontanément, ou qu'une querelle du type de celle du sacerdoce et de l'empire n'ait pu se terminer par la soumission d'aucune des parties. Ensuite les esprits s'y habituent si bien que cette répartition, due pourtant à des

circonstances historiques particulières, finit par leur sembler inévitable. D'où l'on voit des savants chercher en quoi l'objet de la morale et celui du droit diffèrent, non à tel endroit et à telle époque, mais en général et comme de leur nature; recherche vouée à l'insuccès, puisqu'elle part du présupposé qu'une telle différence est nécessaire, alors que dans la mesure où il ne s'agit pas uniquement de morale individuelle, ce présupposé est inexact. Il ne serait sans doute pas enraciné comme il l'est si nous avions vécu constamment dans une théocratie, sous l'empire d'un césaro-papisme, d'une dictature du prolétariat ou de quelque autre régime totalitaire au sens le plus fort du terme, c'est-à-dire réunissant en de mêmes mains les pouvoirs sur tous les aspects de la vie humaine. Mais au lieu que notre passé soit tel, nous avons assisté à une sorte de partage entre deux pouvoirs, l'un qualifié de moral, ou religieux, ou spirituel, et l'autre dit temporel : papes, évêques, conciles, Eglises, mouvements ou sociétés « philosophiques » d'un côté, empereurs, rois, parlements, Etats, partis ou clubs « politiques » de l'autre.

Beaucoup de nos lois étatiques s'inspirent d'une morale reconnue telle (d'autres non, et on peut remarquer que ce sont souvent celles dont on entend dire qu'elles forment de la réglementation plutôt que du droit : on a le sentiment qu'elles ne contiennent pas de « principes », soit qu'elles expriment des options nouvelles et encore mal acceptées, soit même qu'elles paraissent n'en exprimer aucune et se borner à donner des indications nécessaires seulement en tant que précisions : la limitation de la vitesse implique très certainement une option de la part du code de la route, le chiffre choisi en suppose aussi sûrement une autre quant à son ordre de grandeur, mais il est indifférent qu'il soit ce qu'il est ou un chiffre voisin). Ce sont autant d'exemples de morale juridifiée, non les seuls, à moins de reconnaître au seul Etat le pouvoir de juridifier des vœux et d'ajouter ainsi aux trois éléments essentiels de la norme juridique relevés plus haut un quatrième, le caractère étatique. Un des sens les plus usuels du terme droit semble commander de le faire mais il n'est pas cohérent sur ce point : on parle aussi du droit international, du droit canonique, et de droit encore à propos des règles suivies par les peuples et les communautés antérieurs à la naissance des Etats. Faut-il délaissier le sens courant en tant qu'il fait du droit un phénomène en principe étatique (et admettre la pluralité des ordres juridiques) ou en tant qu'il admet ces quelques exceptions au principe (et réserver la notion

de droit strictement à l'ordre étatique, à l'exclusion de la société internationale et des Eglises) ? Nous répondrons plus loin à cette question. Pour l'instant, bornons-nous à constater que dans ce qu'on nomme des Etats, on trouve beaucoup d'éléments présents à un degré différent dans certaines sociétés non étatiques. Il n'y a d'exception que pour le territoire, seule chose que les Etats nous paraissent avoir en propre. Mais nous essayerons de démontrer plus loin que la signification profonde de cette notion de territoire étatique renvoie à celle de souveraineté, et que celle-ci n'est guère qu'une des nombreuses techniques de la puissance. Nous désignons par souveraineté l'émission d'une certaine norme juridique, plus ou moins obéie (parfois aussi, par extension, la situation résultant de ce que cette norme est respectée). Or, s'il est vrai que certaines organisations — les Etats — tiennent de cette norme une spécificité réelle, quoique parfois ténue, elles y joignent une quantité d'autres pressions par menace de sanction qui, elles, ne diffèrent en rien de celles qui émanent d'autres puissances. Faut-il appeler ces autres pressions normes juridiques quand elles émanent de l'Etat, si minimes soient-elles, et parfois si faibles, et jamais lorsqu'elles émanent d'autres pouvoirs ? Cette solution est concevable, nous le verrons plus loin. Mais il n'est pas moins cohérent de voir des normes juridiques, morale juridifiée, dans quantité de préceptes moraux que les lois et les juges de l'Etat ne reprennent pas mais que divers milieux sociaux imposent à leurs membres. Nous parlons évidemment des seuls cas où ces préceptes s'imposent réellement sous peine de sanctions dont la menace constitue une pression effective (mise d'une personne au ban de ce qu'elle regarde comme la bonne société, etc.).

On trouve aussi dans les déontologies professionnelles des normes qui pourraient être reconnues juridiques (mais le sont rarement). Ces normes non étatiques n'appartiennent pas non plus à ce qu'on appelle couramment la morale, mais sont analogues à la morale juridifiée. Ce sont les règles que les membres influents de la profession, que le milieu professionnel impose par ses propres moyens, et toutefois réellement. Nous ne parlons ici ni du fait que le droit étatique ajoute parfois sa sanction à ces préceptes ni des modèles déontologiques qui, ne s'appuyant sur aucune pression sociale effective, n'existent qu'à l'état d'exigences inopérantes ou de simples conseils.

Nous éloignant un peu plus de la morale au sens traditionnel, nous découvrons ensuite d'autres normes analogues à la morale juridifiée,

et qu'il est cohérent mais assez inusité d'appeler juridiques. Dans le monde des sports, elles sont de plus en plus strictes. Elles l'ont été extrêmement sous la forme des exigences de l'honneur (« dette de jeu, ... ») parfois propres elles aussi à certains milieux (obligations de *vendetta* ou de se battre en duel). Non moins sévères sont quelquefois les règles protégeant le rang, s'opposant aux mésalliances par exemple. Sans oublier ces obligations d'entr'aide dont les associations, les partis et les groupements font parfois, si le mot n'est pas trop fort, un véritable *devoir de partialité*. Même les règles du savoir-vivre, de la simple courtoisie, de la mode, celles aussi du « bon langage », de l'orthographe, de la prononciation « correcte » d'une langue (pour-tant issue, en grande partie, de la prononciation « incorrecte » d'une autre), peuvent devenir assez contraignantes, toujours dans certains milieux, pour que les juristes qui refusent d'y reconnaître d'authentiques normes juridiques aient quelque peine à fonder leur attitude sur une justification qui force l'adhésion. De même, sinon davantage, ce qu'on appelle la « loi du milieu » : interdiction de dénoncer un mal-facteur, obligation de rendre des comptes à un proxénète, de payer tribut à une bande, etc.; à la lettre, le nom de hors-la-loi est bien impropre, sauf pour quelques isolés.

Les pressions par menace de sanction auxquelles on dénie, le plus souvent sans examen, le caractère de normes juridiques foisonnent encore du côté des conspirateurs, des insurgés, des résistants, des terroristes, des rebelles, des comités révolutionnaires, des armées de libération; sans parler même des entités qui sont à la veille de devenir des Etats ou des gouvernements dont le caractère juridique est reconnu. Ces normes ne s'adressent pas toujours aux plus fervents adeptes, de façon que ceux qui s'y conforment le fassent toujours spontanément. Elles sont sanctionnées, et leur sanction va bien souvent au-delà de l'exclusion et de l'exil. Il n'y a guère que le droit étatique qui puisse rivaliser avec elles en dureté.

Que dire de la famille ? Les théoriciens du droit concèdent quelquefois que celles d'une partie de la noblesse allemande, la *Hochadel*, comportaient un pouvoir et des règles propres, juridiquement parlant. S'ils le reconnaissent volontiers, bien que droit et Etat coïncident généralement à leurs yeux, c'est sans doute parce que certains droits étatiques faisaient eux-mêmes quelque place aux règles particulières aux familles de ce rang. Mais celles-ci pourraient ne fournir qu'un exemple de droit familial parmi bien d'autres : la reconnaissance éta-

tique n'est pas indiscutablement une condition de juridicité. Les enfants ne vivent-ils pas souvent sous la loi des parents ? Cette question peut faire sourire depuis que l'opinion qu'il faut éviter de contrarier la jeunesse connaît une grande vogue (c'est-à-dire depuis que, dans les familles, le deuxième élément de la norme juridique, la disposition à contraindre, fait souvent défaut); mais l'observation demeure vraie en général.

Telles sont les conséquences d'une conception large de la norme juridique : elles sont telles que beaucoup de juristes la trouvent trop étendue (encore que plus d'un lui fasse une concession à l'occasion, ce qui est bien l'attitude la moins cohérente). Pourquoi *trop* étendue ? Pourquoi tant de réticence ? Nous y reviendrons lorsque nous chercherons à comprendre le rôle des juristes. Bornons-nous pour le présent à signaler, comme la cause la plus immédiate de cette réaction restrictive, un goût de distinguer le bien du mal, ou du moins le licite de l'illicite, *une fois pour toutes* plutôt qu'à des points de vue qui puissent sans cesse se trouver remis en question par de nouvelles distinctions. De là, une répugnance bien compréhensible à tenir compte d'une profusion de normes, qui vont dans toutes les directions et en présence desquelles le juriste ne sait plus à quoi s'en tenir.

Il est bien vrai d'ailleurs que la conception reçue du droit peut paraître plus « opérationnelle » que celle que nous venons d'imaginer : si toutes les normes juridiques au sens où nous l'entendons devaient être prises en considération par chaque juriste, aucun ne saurait plus à quel saint se vouer. Mais nous verrons que le danger est illusoire, car si l'on admet que les normes juridiques sont bien plus nombreuses que les volontés étatiques, il est vrai de toute façon qu'elles forment des *ensembles distincts* et même *étanches*, dont on peut par conséquent ne considérer qu'un à la fois; et en tant qu'il se place au point de vue de l'un d'eux, le juriste doit ignorer les normes que cet ensemble ne retient pas. Point n'est besoin, pour arriver à ce résultat, pour écarter les normes étrangères à l'ensemble choisi, de nier leur juridicité, comme on fait souvent. Lorsqu'on se demande ce que « le droit » prescrit dans tel ou tel cas, ou bien on pense à un ou plusieurs droits déterminés, ou bien la question n'a pas de sens.

Mais avant d'expliquer cette répartition des normes en ensembles, il faut élucider la notion de corps social, à quoi chaque norme et ces ensembles se rattachent.

CHAPITRE XVIII

Norme juridique et corps social

Après avoir dénombré les éléments de la norme juridique (en supposant provisoirement qu'elle n'est pas nécessairement étatique), il nous faut sortir de cette molécule, regarder ce qui l'entoure, à quoi elle tient, et nous demander s'il se trouve là d'autres parties du droit, ou si, au contraire, les normes épuisent ce phénomène. C'est à quoi nous nous emploierons dans ce chapitre et le suivant.

On dit à tout propos que le droit est un phénomène social. Avons-nous rencontré tout ce que cette formule contient de vérité lorsque nous avons inclus dans la norme une pression sociale, au sens particulier où nous l'entendons ? Ou l'élément social du droit est-il plus vaste que cette pression ?

A ces questions, il semble que ce soit la notion même de société qui demande à être analysée. Notion complexe, et comme fluide, devenue du reste un des hauts lieux du verbalisme incantatoire, qui n'en sent l'importance ? Mais parce qu'elle présente ces caractères, il est bien plus difficile de s'en faire une représentation exacte et formulable en termes explicites que de croire posséder l'intuition de ce que c'est. A un auteur illustre en Italie et peu connu au-dehors, Santi Romano ⁽¹⁾, revient parmi d'autres mérites, celui d'avoir mis l'accent en théorie du droit sur un concept de corps social qui ne soit ni pur agencement de mots, ni simple évocation de valeurs commandant le respect par-dessus l'entendement. Remarquons en passant que l'auteur utilise ce concept à propos de l'ordre juridique, non de la norme juridique, où nous en sommes restés jusqu'ici. Il y a dans le parti qu'il tire de sa notion de corps social une constance, une rigueur, un esprit de système que les travaux de ce genre offrent rarement, surtout à un degré si élevé. Mais force est encore de reconnaître qu'il n'a pas livré

(1) V. réf. *supra*, p. 117, note 1.

sur cette notion autant de précisions que sur la plupart de celles qu'il manie, alors qu'il la juge fondamentale. Il y a là un signe, notamment, de ce que peu de réalités se laissent plus malaisément saisir au moyen d'un concept qu'une société ou un type de société. On croit savoir que c'est là une réalité distincte, mais on ne sait comment faire pour se la représenter sans rien fausser, sans simplifier à l'excès sous couleur de synthèse. Encore Santi Romano pêche-t-il surtout par laconisme. Mais beaucoup d'esprits, moins prudents, vont jusqu'à figurer le corps social, jusqu'à le faire vouloir et agir comme une personne et à lui imputer les joies, les colères, les désarrois, les habitudes et les intentions *communs aux individus* ou *soumis chez eux à l'influence d'autrui* : « la société souffre », « la société réproouve », « la société veut », etc.

De plus, pour beaucoup (et même, dans un premier moment, on peut le dire, pour presque tout le monde), la notion de société ou de corps social apparaît comme un ensemble constitué en vue d'un *bien commun*. Une telle image n'est pas sans correspondre à certaines choses mais elle tient quelquefois aussi du mensonge intéressé et encore plus souvent du rêve. Elle permet de voir, des corps sociaux, l'aspect le plus agréable à contempler, non leur réalité tout entière. Car si on considère celle-ci en face, on s'aperçoit que les *entités appelées corps sociaux sont souvent les instruments du bien commun... de certains de leurs membres*. Même si ces derniers sont les plus dignes, les plus nombreux, les plus habiles, on ne peut nier que d'autres membres soient sacrifiés. Il est même malaisé quelquefois de démêler s'ils sont sacrifiés parce que méprisés, ou méprisés parce que sacrifiés. En tout cas les deux sont souvent liés, que ce soit parce que la considération est une protection pour celui qui en est l'objet, protection dont l'absence expose à tous les dangers que l'homme représente, entre autres choses, pour l'homme, ou parce qu'on a peine à juger respectables ceux que l'on a un intérêt, matériel ou sentimental, à mal traiter. Là où l'égoïsme commande — c'est-à-dire, probablement, chez bien plus de corps sociaux encore que d'individus, — s'il n'endurcit pas le cœur, il faut bien qu'il fausse le jugement. Peu de régimes qui n'aient leurs sacrifiés, soit seulement à demi comme les chrétiens sous l'Empire ottoman, soit bien davantage, comme les esclaves ou les galériens (tenons-nous en à des exemples lointains et reconnus). Nous constatons ici un fait, sans trancher la question de savoir si ces gens ont parfois mérité leur sort. En tout cas, il est un degré de disgrâce où la situation d'un être humain, coupable ou non, devient telle qu'on

ne peut plus dire sérieusement que la communauté se soucie de son bien. Or, si au lieu de le bannir, ou de le laisser s'en aller, elle considère qu'il fait toujours en quelque façon partie du corps social où il est retenu malgré lui, comment définir ce corps ou cette communauté d'après le bien commun ? C'est une chose de croire qu'une communauté est l'instrument d'un bien, et c'en est une autre d'appeler celui-ci le bien de tous.

Mais il est vain de chercher la définition du corps social, puisque ce terme est chargé de sens divers. Ne nous avançons parmi eux qu'en suivant un fil : prenons ce qui permet d'éclairer la notion de norme juridique, à laquelle nous étions arrivés. Nous n'obtiendrons ainsi que la notion d'un type particulier de société, mais ce sera du moins une notion utile.

La norme juridique suppose une pression sociale. Elle implique donc une relation entre au moins deux individus : relation sociale, au sens le plus élémentaire du terme. N'importe laquelle ? Des normes juridiques peuvent-elles se greffer sur toute relation sociale ? Nous allons voir que non. Nous chercherons quelle relation sociale permet la capacité de pression nécessaire pour qu'il y ait norme juridique, et nous appellerons pour notre usage corps social, tout ensemble d'êtres se trouvant unis par une telle relation.

Pour qu'une pression par menace de sanction puisse exister, il faut premièrement que le destinataire redoute la mesure en laquelle on veut faire consister la sanction. Si sa crainte de l'amende, de l'exil, de la mort, de la torture, du blâme, est non pas même surmontable, mais nulle, un précepte « sanctionné » de ces peines n'est guère une norme juridique à son endroit ; il faut trouver autre chose, si l'on veut le mettre en présence d'une telle norme et qu'il en soit le destinataire, le sujet. Ceci n'est qu'un rappel de ce qui a été dit antérieurement de la norme. Mais il est encore une condition de la pression dont nous n'avons pas parlé, raisonnant toujours comme si elle était remplie. Ce n'est pas tout de découvrir chez quelqu'un le point sensible, et de posséder une arme pour exercer par là une pression sur lui : encore faut-il qu'il ne s'y *soustraie* pas. Soit que le retienne un attachement spontané pour le pouvoir, ou pour quoi que ce soit de lié au pouvoir, la société elle-même ou celle qu'il fréquente, un but com-

mun, etc.; soit que l'obstacle à sa fuite consiste simplement dans un attachement utilisé : peur d'être repris et puni, crainte pour d'autres personnes qui lui sont chères, ou pour ses biens; soit enfin que cette sorte de mur qui le retient passe, non plus du tout en lui, mais comme autour de lui, s'il se trouve pieds et poings liés. (nous ne disons pas : s'il se trouve en prison; nous verrons plus loin pourquoi). Bref, il faut, pour rendre possible une pression par menace sur la volonté consciente d'un être, que celui-ci ne mette pas fin au lien qui l'attache à l'auteur de la pression, ou parce qu'il aime ce lien, ou parce qu'il ne peut le trancher, ou parce qu'il juge, tout compté, avoir intérêt à le souffrir : il faut une *cohésion sociale*.

Nous pouvons donc appeler corps social, au sens qui nous intéresse, le fruit d'une cohésion sociale. Plus précisément, d'une cohésion sociale suffisante pour que toute norme n'y mette pas fin : cette cohésion doit pouvoir résister à au moins une pression exercée, dans le sens d'un vœu de son auteur, par menace de sanction. Dans cette acception, deux individus peuvent déjà former un corps social. Sa présence est difficile à vérifier, quoique déjà réelle peut-être, aussi longtemps qu'aucun ne fait pression par menace de sanction sur l'autre, et même si l'un obéit à l'autre, mais que ce soit sous l'effet d'une autre influence, ou qu'on ne sache pas pourquoi il obéit. Il ne devient possible de vérifier la présence ou l'absence de la cohésion qu'au moment où l'un exerce une pression par menace de sanction sur l'autre : ou celui-ci se dérobe à cette pression, ou il la supporte, soit qu'il obéisse, soit qu'il se montre moins docile sans toutefois que son accès d'indépendance aille jusqu'à le placer hors d'atteinte.

La cohésion qui retient X exposé aux pressions éventuelles de Y n'a évidemment pas toujours la même intensité que celle qui retient Y exposé aux pressions éventuelles de X. L'une pourrait même exister sans l'autre. On pourrait dire ainsi que tout corps social supposé par une norme a un sens : XY, ou YX.

D'autre part, la cohésion sociale est rarement tout à fait forcée. Elle implique presque toujours une acceptation. Celle-ci peut n'être qu'à peine perceptible. D'abord, parce qu'il s'en faut qu'elle soit nécessairement enthousiaste ou spontanée : elle peut même être accompagnée, comme il advient notamment par rapport au droit fiscal, de récriminations et de plaintes indignées, d'où il y a loin pourtant à la révolution. Et l'acceptation est parfois peu évidente pour cette raison

encore, que ce qui est accepté n'est pas le contenu des normes, mais le fait de rester exposé à celles-ci et à la pression qu'elles comportent : cet assentiment est compatible avec la désobéissance. Ceci ne revient pas à dire qu'il le soit avec les soulèvements révolutionnaires, les évasions, les exodes, les sécessions et les schismes, où des sujets entendent généralement mettre fin à ce qui les soumet à un pouvoir, à ce sans quoi celui-ci, avec toutes ses armes, ne serait pas. On peut dire, en schématisant, que la pression incluse dans les normes est le fait de ceux qui forment ou soutiennent le pouvoir, au lieu que la cohésion, condition de cette pression, est le fait de ceux qui le souffrent.

Chaque fois qu'on subit une norme juridique alors qu'on eût pu l'éviter, soit en chassant celui qui exerce cette pression, soit en le fuyant, la cohésion est consentie. Si elle subsiste bien que la rupture soit possible, c'est parce que celle-ci n'irait pas sans dommage. Ce dommage à considérer varie. A cette cohésion est une limite, laquelle varie avec lui, plus précisément avec ce que l'individu en état de cohésion croit qu'il serait. Lorsque l'inconvénient du choix entre risquer la sanction et obéir (et l'inconvénient de ce choix est celui du moins gênant de ses deux termes) est plus grand que celui de la rupture (c'est-à-dire que l'intérêt à demeurer), la limite est passée, et la norme, s'il y en a une, perd prise.

Aussi bien des pouvoirs ne peuvent se maintenir que s'ils usent seulement de sanctions modérées. Ce qui s'appelle sanction modérée s'apprécie différemment pour chaque individu et chacun l'apprécie non pas tant en soi, que par rapport aux vœux sanctionnés : telles personnes proscrivent avec horreur, et de manière absolue, certains traitements par trop cruels, qui ferment les yeux sur bien des sévices dès lors qu'ils servent une cause primordiale, comme elles s'apitoient plus volontiers sur les condamnés et murmurent plus sincèrement contre le pouvoir sanctionnateur lorsqu'elles ne se passionnent pas contre la faute commise; et la même foule qui ne peut regarder sans connivence mener un peu rudement un délinquant ordinaire ou un suspect qui ne paye pas de mine, voudrait que la police entoure d'égards un accusé pourvu du don de sympathie, un condamné qui a résisté à un décret impopulaire. Les gouvernants sont amenés, afin de se maintenir, à renoncer à toute sanction pour certains de leurs vœux. On peut même trouver quelquefois tous les éléments d'une norme juridique qui va du sujet au pouvoir, et interdit à celui-ci d'exagérer les sanctions sous peine que se rompe la cohésion qui lui

permet d'exister. Quant à la cohésion sur laquelle il faut bien que cette norme à son tour s'appuie, elle tient à l'intérêt que ledit pouvoir possède à le rester. On a alors deux corps sociaux superposés de sens inverses.

Il est aisé de comprendre pourquoi le pouvoir s'emploie d'ordinaire à préserver et accroître la cohésion sociale, condition et mesure de l'usage qu'il peut se permettre de ses moyens de pression. Il le fait parfois en subordonnant l'appartenance au corps qu'il gouverne à l'existence d'une cohésion élevée, à l'épreuve d'un devoir de fraternité, d'une soumission *perinde ac cadaver*. Il y veille aussi en s'assurant à charge de réciprocité la coopération d'autres corps sociaux (extradition). Il y travaille encore par des mesures d'éducation sentimentale, civique ou patriotique, par tout ce qui développe l'*esprit de corps*. Comparons la façon dont un Etat traite ses prisonniers de guerre suivant qu'il les fait à un autre, ou parmi ses propres sujets insurgés (guerre dite civile). Il arrive certes que l'étranger ne soit pas ménagé (qu'on se souvienne du traitement des prisonniers slaves en Allemagne); mais quiconque change de camp court plus de risques que l'ennemi héréditaire à se laisser prendre vivant. Ce risque à son tour explique peut-être en partie l'humeur volontiers torturante et massacrante de beaucoup de rebelles. Comparons de même l'attitude d'une association ou d'un parti envers ses rivaux traditionnels d'une part, ses dissidents de l'autre; d'une Eglise envers les religions éloignées d'une part, et ses hérétiques ou ses schismatiques de l'autre. Le combat où l'on respecte le moins de règles est souvent celui qu'on livre au frère d'hier.

Tout cela est peut-être le signe de l'existence d'une norme, fût-elle tacite, sur la cohésion. Nous avons énuméré quelques moyens par lesquels un pouvoir s'efforce de cimenter la cohésion sociale dont il profite. A ces moyens, ajoutons les normes juridiques elles-mêmes. Car il en est qui sont spécialement destinées à provoquer un type particulier de cohésion consentie. Elles sanctionnent la tentative de rupture. Analysons un exemple. Un captif, tenu à respecter le règlement intérieur de sa prison sous peine d'en voir renforcer la rigueur, ne serait pas astreint à ce choix s'il s'évadait. Supposons l'évasion possible. S'il n'y recourt pas, c'est donc qu'il le veut bien. Mais s'il le veut ainsi, c'est souvent parce qu'il choisit d'obéir à une norme interdisant l'évasion sous des peines extrêmes. Cette norme sur la cohésion repose à son tour sur une cohésion mais qui cette fois n'est

plus consentie sous la pression d'une norme juridique dont le prisonnier est le destinataire. Il ne s'ensuit pas qu'elle soit toujours une cohésion intégralement forcée, puisqu'on peut ne pas lui avoir ôté tout moyen de se réfugier dans la mort.

Nous avons rencontré un corps social simple, celui que toute norme juridique suppose. Plusieurs de ces corps composent un corps social complexe, notamment si par rapport à une même personne ou un même ensemble de personnes, plusieurs autres sont en état de cohésion, ou encore si une même personne se trouve en cet état par rapport à plusieurs personnes ou à plusieurs ensembles de personnes.

CHAPITRE XIX

Norme juridique et ordre juridique

Nous avons traité systématiquement jusqu'ici, non du droit, mais des normes juridiques. Il reste à assembler ces parties en vue de reconstituer un tout et à examiner si l'on peut considérer ce tout comme formant le droit ou s'il faut encore, pour cerner ce phénomène, ajouter ou retrancher quelque élément. A cette occasion, nous nous prononcerons sur les questions de savoir si l'on peut et s'il faut identifier droit et ordre étatique. Jusqu'ici, nous avons procédé comme si les normes étatiques n'étaient qu'une variété des normes juridiques, mais comme nous n'avons pas démontré ce qui impose ou permet cette façon de voir, elle n'a encore que la valeur d'une supposition.

Il nous semble qu'il faille appeler ordre juridique l'ensemble des normes juridiques reposant, directement ou par délégation, sur une même autorité non déléguée; soit que ces normes se trouvent forgées de toutes pièces par cette autorité ou en vertu d'une délégation de sa part, ou qu'elles consistent en vœux d'autrui que cette autorité ou ses délégués reprennent à leur compte en leur donnant de son pouvoir une vigueur nouvelle. Il importe peu que l'autorité en question soit ou non constante dans sa manière de produire des normes et d'en faire produire par ses délégués.

Plusieurs normes reposant sur la même autorité forment à certaines conditions un système, en ce sens que les unes peuvent ajouter ou retrancher aux obligations créées par les autres. Il en va ainsi d'abord lorsqu'elles s'adressent à un même destinataire. De plus, pour peu que l'auteur d'une norme ait prise sur d'autres que son destinataire, il ne se fera pas faute le plus souvent de signifier à ces autres sujets certains devoirs envers cette première norme. Tous peuvent ainsi se voir au moins interdire d'en contrarier le vœu. Ou même commander de coopérer à sa réalisation d'une manière plus positive. Par exemple, tous les sujets d'un Etat peuvent être tenus de dénoncer les infractions dont ils ont connaissance. Même, dans certaines sociétés, la répréhen-

sion des fautes d'autrui est un devoir pour chacun. Il en va ainsi, notamment, dans des sociétés organisées selon une religion qui ne connaît pas d'organisation hiérarchique. Dans de nombreuses sociétés, en revanche, le devoir ne pèse pas ainsi sur tous de prendre une part active à la réalisation des vœux mis en normes par le pouvoir. Cette obligation y est réservée à quelques-uns, agissant isolément ou ensemble et formant ainsi des organes subordonnés de ce pouvoir. Mais que l'obligation auxiliaire soit d'abstention ou de commission, et lourde ou légère, et qu'elle pèse sur peu ou sur beaucoup, son contenu se trouve toujours déterminé en fonction d'une norme principale adressée à un autre destinataire. Plusieurs normes adressées à des destinataires principaux différents peuvent ainsi entrer en contact, et peut-être en conflit, parce qu'elles passent par les mains d'une même autorité chargée de les faire respecter. Il faut encore noter qu'un message peut, sans nécessairement exprimer une norme, en abroger une en tout ou en partie, parce qu'il la contredit et qu'il émane de l'auteur de la norme ou d'une autre source autorisée par le pouvoir sur lequel repose cette norme. Enfin, on peut même voir plusieurs messages dont aucun n'exprime une norme en exprimer une ensemble, si une même autorité les émet ou les habilite.

Dans certains corps sociaux complexes, le pouvoir est plus malaisé à identifier que dans un corps social simple. Il faut y distinguer, ainsi qu'on vient de le faire, un organe principal qui en est le maître, d'organes d'exécution auxquels le premier prête une part de son autorité, et qui peuvent même n'avoir que celle-là. L'organe principal se compose de tous ceux qui ont voix au chapitre de la volonté dominante. Nous entendons par là, pour des raisons exposées plus haut : ensemble capable de s'imposer par menace de sanction, et non simplement capable d'exercer une influence par d'autres moyens. Cet organe peut être étendu comme l'opinion publique, ou réduit à une oligarchie, voire à une personne. L'oligarchie contient non seulement ceux qui prononcent les ordres, mais encore ceux qui s'y associent en mettant au service des premiers une puissance propre de sanction. Aussi est-il rare que le pouvoir se ramène à une personne. Le tyran n'est seul maître, souvent, que des gens par lesquels il commande, soit qu'il les dirige au moyen d'un ascendant auquel ils obéissent automatiquement, ou qu'il les tienne grâce à une menace de sanction (celle-ci peut d'ailleurs ne consister que dans sa désapprobation). Celui même qu'on appelle despote cesse de peser seul dès lors que le concours de plusieurs

individus est nécessaire pour juridifier ses volontés. C'est sans importance si le soutien dont il dispose est inconditionnel. Mais on voit un Cromwell, au plus fort de sa dictature, refuser le titre de roi pour ne pas mécontenter l'armée. Ajoutons que la volonté dominante n'est pas toujours la même chose que ce qu'elle-même appelle le pouvoir, ou les pouvoirs, au sein d'un ordre juridique. Le pouvoir réel peut donner de soi une définition fictive qui lui serve d'abri. Au moins le Lord Protecteur avait-il un poids propre considérable. L'armée lui était nécessaire, mais il était devenu nécessaire à l'armée pour que celle-ci conservât son unité. Pour d'autres personnages historiques, comme Mahomet, le fait est encore plus indiscutable. Mais que de régimes à la tête desquels un chef se trouve placé par une conjuration militaire ou un parti unique ayant si bien confisqué l'autorité suprême que ce magistrat ne pourrait en aucune façon tourner contre ces officiers ou ces citoyens les prérogatives qu'il est supposé détenir à l'égard de tous ! Une faction armée possédant l'essentiel du pouvoir (et s'étant peut-être organisée en corps social distinct pour « coloniser » de l'intérieur le corps social où elle domine) peut avoir intérêt à donner une suprématie apparente à une entité qui soit en fait un simple organe subordonné, « gouvernement » civil mis en avant afin de faire impression sur un public sensible à des dehors technocratiques, monarque faible mais dont la présence sur le devant de la scène rassure un peu une population attachée à la dynastie. Même, du reste, dans les régimes dits démocratiques, les vrais maîtres du pouvoir le conserveraient-ils aussi aisément qu'ils le font si les sujets ne croyaient « être en démocratie » ? Il nous semble qu'il y a quelque impropriété de termes, pour exprimer une intuition juste d'ailleurs, dans ce jugement que l'on entend souvent : « le pouvoir appartient en fait à tel groupe; mais sur le plan du droit et non plus de la science politique, il relève tout entier de telles institutions ».

Tout corps social supporte un ordre juridique dès l'instant et aussi longtemps que sa cohésion se trouve utilisée en faveur d'un vœu, au moyen d'une pression par menace de sanction. Même ce duo dont on a parlé dans le chapitre précédent devient support d'un ordre juridique pour peu qu'un des deux soutienne d'une pression par menace de sanction un vœu adressé à l'autre, ce qui suppose non seulement une cohésion chez celui-ci, mais aussi chez le premier le pouvoir et le désir d'utiliser cette cohésion. La sanction, rappelons-le en passant, peut même consister dans la rupture d'un corps social, dès lors que

la permanence en est souhaitée. Un corps social n'est dépourvu d'ordre juridique que si la cohésion n'y est utilisée par aucune norme. Hypothèse purement théorique ? Sans doute, aux yeux de qui se fait une idée des corps sociaux sur le modèle des peuples : la vie commune d'un grand nombre ne va pas longtemps sans règles. Mais on commet souvent une erreur, lorsqu'on parle de droit, en voulant raisonner d'emblée sur ces ensembles vastes et complexes (sous l'attraction sans doute que la notion d'Etat exerce dans les esprits sur la notion de droit). La contemplation de sociétés complexes aide certes l'imagination; mais pour d'évidentes raisons de méthode, ce sont les plus simples qui forment la pierre de touche à certains égards la plus sûre de toute idée sur le droit et c'est sur elles qu'il faut l'essayer d'abord. Or, une communauté si intense peut régner au sein d'un club fermé, d'une secte naissante, d'un couple particulièrement uni, que nul n'y songe à imposer sa volonté, alors qu'il le pourrait peut-être.

Ouvrons une parenthèse. Le sens courant des mots s'oppose à ce que la cohésion sociale, de condition qu'elle était du droit, dans notre conception, y devienne sa substance même : si l'ordre juridique *était* le corps social, on pourrait avoir un droit sans aucune norme juridique. Il en faut au moins une pour faire un ordre juridique. On ne voit pas ce qui permet d'en exiger un nombre minimum plus élevé, sous prétexte que beaucoup d'ordres juridiques en comptent plusieurs. Quant à faire du corps social un élément essentiel du phénomène juridique, ce n'est pas nécessaire.

L'ordre juridique le plus ténu qu'on puisse imaginer est un couple où une seule norme naît pour se décomposer aussitôt. Tous les éléments de l'ordre juridique sont réunis si, par exemple, un voyageur rencontre un bandit de grands chemins et que celui-ci lui demande la bourse ou la vie. Ce serait différent s'il le dévalisait incontinent; mais ce qu'il convoite, il préfère l'obtenir de la volonté consciente de son sujet d'un moment, plutôt que de se servir lui-même. S'il ne lui demandait que l'aumône, c'est un autre des éléments de la norme juridique, la disposition à contraindre, qui ferait défaut.

Cet exemple extrême étant, il reste que l'intérêt de la notion d'ordre juridique tient surtout à ce qu'elle permet de grouper, comme on l'a vu, plusieurs normes juridiques. Quittant alors le microscope où l'on peut voir des micro-organismes, les diverses parties dont ils se composent, et l'agencement de celles-ci, l'œil retrouve les ordres juridiques

généralisés auxquels il est habitué, Etats, sociétés internationales, Eglises, etc. : ordres aussi imposants, solides et durables, que d'autres sont minuscules, fragiles et éphémères. Ainsi la taille des ordres juridiques ne varie pas moins que leur degré de juridicité. Variations indépendantes d'ailleurs à première vue : ce degré n'est guère élevé dans certains Etats moribonds, dans plus d'une Eglise divisée, dans maintes colonies ou provinces troublées, ni même dans la plupart des sociétés internationales.

Mais, objectera-t-on, ne devrait-on pas réserver le nom de droit à certains seulement de ces ordres ? Une simple différence de degré ou de taille est-elle tout ce qui distingue ces phénomènes généralement tenus pour différents de nature ? Nous retrouvons ainsi, à propos des ordres juridiques et de leur multiplicité, une résistance que nous avons déjà rencontrée pour avoir envisagé d'appeler normes juridiques une quantité de préceptes auxquels il n'est pas d'usage de donner cette qualité. Les ensembles de normes paraissent même offrir à cette critique un terrain plus favorable que ne faisaient les normes, parce que leur diversité semble encore plus étonnante. Est-il bien sérieux d'identifier, sous une même notion d'ordre juridique, d'un côté une bande, un milieu, voire une mauvaise rencontre, et de l'autre l'appareil étatique, avec ses codes, ses fonctionnaires, ses cérémonies, ses traditions, ses hymnes, ses dépenses, ses palais, ses prisons, ses polices, ses armées, ses frontières, ses distinctions, ses ambassadeurs, ses emblèmes ? Et le sens commun n'est-il pas heurté d'entendre que des réalités si éloignées présentent un caractère commun ?

Il est pourtant vrai qu'on croit plus distincts qu'ils ne sont ces divers corps sociaux, dont la dimension, la durée, le degré d'organisation, etc. varient, mais dont la nature est peut-être à beaucoup d'égards identique.

A regarder de près ces ensembles dont les différences impressionnent tant, on s'avise que chacun, à commencer par l'Etat, nous semble plus constant qu'il ne l'est. Leurs traits ne durent pas aussi longtemps qu'il y paraît; et nous pensons ici non pas seulement aux modifications qu'une même autorité apporte à son droit, mais à celles qui affectent la composition et la structure du pouvoir, ou la teneur même du corps social. Les ordres juridiques considérés comme durables n'en sont pas moins aussi mortels, nous avons presque dit passagers, que les autres. L'histoire nous fait voir ou deviner quantité de frontières

déplacées, de régimes renversés, d'empires disparus, de traditions perdues, éteintes, oubliées, qu'on avait cru établir pour toujours. Et combien de nations, de dynasties, de familles, de sociétés, d'usages qui, se voulant plus anciens qu'ils ne sont, maintiennent sur une longue période une apparence d'identité qui ne correspond pas à la réalité ? La fondation et le développement d'un ordre juridique s'accompagnent très souvent d'une volonté de durée; mais si la conviction qu'il existe depuis longtemps et le souci de le maintenir définitivement donnent envie de le considérer comme essentiellement durable, ils ne le permettent pas. Nous percevons parfois comme un seul ordre continu une succession d'ordres ressemblants. Rien d'étonnant du reste à ce que certains ordres cherchent à paraître plus constants qu'ils ne sont, notamment par la pérennité des principes qu'ils honorent. Encore une fois, lorsqu'ils se définissent ou se qualifient, l'image qu'ils donnent d'eux-mêmes peut être fautive; leur souci principal, lorsqu'ils s'expriment, n'est pas toujours celui de la vérité. Il est que leur volonté soit faite, et non pas qu'elle soit connue.

D'autre part, quel que soit le nombre des corps sociaux durables, il serait logiquement intenable de les regarder comme seuls capables de supporter un ordre juridique. Les tentatives de limiter la pluralité des ordres juridiques en fonction d'éléments tels que la durée, la solidité, l'ampleur, etc., sont peut-être en partie des rationalisations, sous la forme de critères objectifs, du sentiment qu'il conviendrait de réserver la qualité de juridiques aux organisations qui soutiennent une bonne cause. Dans ces éléments, en effet, on croit souvent reconnaître les signes extérieurs d'une mission, laquelle est d'assurer le bien commun. Il est d'ailleurs remarquable qu'on attribue souvent cette durée, cette solidité, cette ampleur à l'Etat alors que l'existence d'un ordre juridique étatique passe aux yeux de beaucoup pour bienfaisante dans l'ensemble et que, d'autre part, on conçoit souvent l'ordre juridique comme un système de normes étatiques. Si beaucoup d'esprits d'ailleurs excellents trouvent insoutenable, d'un point de vue sentimental, une conception du droit qui reconnaît au phénomène juridique la multiplicité même, presque infinie, des corps sociaux, c'est dans une certaine mesure parce qu'elle leur paraît mettre en un même sac gendarme et voleur, polices et gangs. Or il existe entre les ordres juridiques des cloisonnements dont nous reparlerons. De plus, ceux qui se refusent absolument à admettre qu'un gang puisse être un ordre juridique, se donnât-il (comme font certains d'entre eux) des allures de redresseur

de torts, ne devraient-ils pas hésiter à reconnaître le caractère juridique aux décisions prises par les autorités appelées légitimes, dans la mesure du moins où il peut arriver que ces hommes, parfois même de façon légale, ou avec une impunité pratiquement certaine, ce qui revient à un résultat fort semblable, utilisent le pouvoir afin de le conserver, ou pour acquérir privilèges et richesses en faveur d'eux-mêmes et de leur famille, ou encore afin de nuire à leurs ennemis personnels, de favoriser leurs alliés, et de s'attirer par leurs complaisances passées ou escomptées toutes sortes d'avantages, d'honneurs et de bienfaits prétendument destinés à reconnaître leurs exceptionnels mérites ? (que ces pratiques soient courantes et notoires dans certains pays alors qu'en d'autres elles sont discrètes ou même rares ne change évidemment rien au problème). Et entre ceux qui se soucient de l'intérêt général, et ceux qui sacrifient celui-ci à leur intérêt, à leur ambition, à leurs entêtements, à leurs caprices, à leurs idées, en un mot à eux-mêmes, fût-ce de la meilleure foi du monde, la distinction n'est pas si aisée qu'on puisse ranger d'un côté ou de l'autre toute personne détenant un pouvoir. Les hommes, même d'Etat, sont plus complexes. On aurait beaucoup de mal à trouver des ordres juridiques si l'on voulait réserver le caractère juridique aux volontés des seuls pouvoirs soucieux purement et simplement de l'intérêt général : « Ils ont tort » aurait dit tout haut un magistrat devenu ministre, l'expert et fastueux président de Maisons, surintendant des finances qu'on lui ôtait parce qu'il les avait beaucoup pillées : « Ils ont tort, car j'ai fait mes affaires, et j'allais faire les leurs » (1).

Bref, *ubi societas ibi jus* est presque toujours vrai : on ne voit aucune qualité que présenteraient tous les ordres généralement reconnus juridiques et eux seuls — la communauté internationale, certaines Eglises, et les Etats. Certes, le sens courant du mot droit retient les systèmes de normes tenant à certains corps sociaux — Etats, Eglises, communauté internationale — et non pas à tous; mais des raisons d'ordre logique nous empêchent de suivre le sens commun sur ce point. Il faut le corriger soit par réduction de la notion de droit à celle d'Etat (qui a, nous le verrons, une spécificité plus faible qu'on ne pense, mais réelle), soit par extension de la notion de droit à tout système de pression par menace de sanction. La première solution s'éloigne du sens

(1) SAINT-SIMON, *Mémoires*, NRF, Pléiade, t. IV, p. 337.

courant, puisqu'elle interdit de parler de droit international ou de droit canonique (en outre, on ne peut préciser la notion d'Etat sans s'écarter aussi de l'acception courante de ce mot, ainsi qu'on va le voir au chapitre suivant). La deuxième solution s'écarter aussi du sens courant puisqu'elle conduit à appeler ordres juridiques un club sportif, un syndicat, une secte, un gang, et même parfois la rencontre de deux personnes dont l'une menace l'autre. Nous choisissons à titre d'exemple la deuxième solution parce qu'elle nous paraît la plus *instructive*. Elle attire, sur les ressemblances entre les exigences étatiques et celles de diverses puissances non étatiques, bonnes ou mauvaises, une attention qui s'en est par trop détournée.

Ce refus de mettre une différence fondamentale entre l'Etat et d'autres corps sociaux n'est pas une idée neuve. « *Remota (...) iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia? quia et latrocinia nisi parva regna?* » osait demander saint Augustin : « Supprimée (...) la justice, que sont les royaumes sinon de vastes brigandages ? Car les brigandages eux-mêmes que sont-ils, sinon de petits royaumes ? N'est-ce pas un groupe d'hommes commandés par un chef, liés par un pacte social et partageant le butin selon une loi agréée de tous ? Que ce fléau grossisse par l'affluence de nombreux malfaiteurs au point d'occuper des lieux, d'y établir des postes, de s'emparer de villes et de subjuguier des peuples : il s'arroge ouvertement le titre de royaume, titre que lui confère aux yeux de tous non le renoncement à la cupidité, mais la garantie de l'impunité. C'est ce que répondit avec esprit et justesse à Alexandre le Grand un pirate tombé entre ses mains. Le roi lui ayant demandé : " A quoi penses-tu d'infester les mers ? " il riposta avec une franche audace : " Ce que tu penses en infestant l'univers ! Mais parce que j'opère avec un petit navire, on m'appelle brigand ; toi, parce que tu opères avec une grande flotte, Empereur ! " » (2).

Nous avons vu qu'une même personne peut détenir un pouvoir dans plusieurs ordres juridiques, que cela se sache ou non. Il sera bien rare que ces divers corps lui tiennent à cœur au même degré, et que

(2) *Cité de Dieu*, L. IV, ch. 4, *Œuvres de saint Augustin*, Bibliothèque augustinienne, t. 33, 5^e série, texte de la 4^e éd. de B. Dombart et A. Kalb, trad. française de G. Combès, Desclée De Brouwer, 1959.

leurs intérêts ne s'opposent pas du tout. On en devine les conséquences. Elles sont particulièrement intéressantes à observer lorsque le cumul se situe à un niveau élevé. Autrefois, il arrivait souvent qu'un même prince eût une collection d'Etats entre lesquels existait de ce fait une « union personnelle ». Du moins y jouait-il un rôle de premier plan, ce qui ne signifie pas qu'il y détenait le pouvoir originel ou pouvoir non délégué. Charles Quint parut un peu trop flamand en Espagne, son fils trop espagnol ailleurs ; les Pays-Bas mesurèrent combien ils étaient sacrifiés à la grandeur de la maison d'Autriche, quand Charles VI abandonna la Compagnie d'Ostende, et quand Joseph II négocia leur échange contre la Bavière pour arrondir ses possessions principales ; les Anglais éprouvèrent que le roi Georges I^{er} se souciait surtout de son électorat de Hanovre ; tout en conservant celui de Saxe, où le luthéranisme avait été imposé et dont le titulaire était traditionnellement protecteur des luthériens d'Allemagne, l'électeur Frédéric-Auguste abjura pour devenir aussi roi de Pologne... De nos jours, où les membres des gouvernements se recrutent souvent dans l'état-major de partis qui se donnent ordinairement pour mission de servir l'intérêt général tel que leur doctrine le conçoit, l'opposition accuse presque rituellement les ministres de gouverner l'Etat dans l'intérêt de leur parti en choisissant les dépenses les plus propres à lui attirer des suffrages, ou en nommant des incompetents, parfois même à des postes « inutiles » créés pour la cause. Et le mouvement communiste international connaît depuis longtemps une controverse sur le point de savoir si sa domination par un parti au pouvoir dans un Etat puissant s'opère dans l'intérêt de ce mouvement ou de cet Etat.

Il est une autre façon, encore beaucoup plus fréquente, pour plusieurs ordres juridiques, d'entrer en contact : c'est d'avoir en commun non plus un organe, mais un simple sujet. Si ces ordres sont antagonistes, c'est celui-ci cette fois qui s'en trouve mal, étant exposé aux sanctions de celui qu'il méconnaît pour obéir à un autre. De plus, cette superposition entraîne la difficulté de déceler à combien de systèmes distincts se rattachent les normes en vigueur au sein d'une même population. On est souvent induit à voir un seul ordre juridique, aux contours il est vrai un peu flous, là où il n'existe qu'une combinaison de plusieurs. C'est ce qu'on pourrait appeler le problème de l'*identité des ordres juridiques*. Ce problème est rendu particulièrement délicat par la ressemblance qui peut exister entre une pluralité d'ordres juridiques dans une même population et, d'autre part, un ordre juridique

unique, mais organisé suivant une conception pluraliste, où la production des normes est décentralisée sur plusieurs entités d'inspirations (politiques, religieuses, etc.) diverses. Ces entités peuvent fort bien tenir ce rôle sans se constituer en ordres juridiques. Elles peuvent aussi constituer des ordres juridiques distincts et, en même temps, jouer le rôle d'organes de l'ordre juridique pluraliste.

Le problème de l'identité des ordres juridiques se complique encore parce que ceux-ci peuvent non seulement avoir des sujets communs, mais aussi, comme on va le voir, s'inspirer des mêmes idées et entretenir d'étroites relations. Ils n'en restent pas moins *distincts* aussi longtemps qu'il subsiste plusieurs autorités dont aucune n'est un simple organe d'une autre. Cela se peut alors même qu'elles exercent entre elles des pressions. Sans doute, aucune autorité n'est exempte d'obligations puisque non seulement les organes d'exécution en reçoivent de l'autorité supérieure, mais celle-ci peut être destinataire de normes venant d'autres ordres. Sans doute encore, les organes d'exécution ressemblent-ils aux autorités maîtresses d'un ordre juridique en ceci qu'ils détiennent le pouvoir de produire des normes. Mais les autorités placées à la tête d'un ordre juridique et lui conférant son identité possèdent un pouvoir propre, au lieu que celui dont disposent les organes entièrement subordonnés leur est seulement prêté, aussi longtemps du moins qu'ils ne commettent pas l'usurpation de se l'approprier.

CHAPITRE XX

Relations et étanchéité des ordres juridiques

Les relations des divers ordres juridiques font un problème des plus complexe. Bornons-nous ici à quelques principes touchant les relations des ordres juridiques d'abord, les limites de ces relations ensuite.

Si plusieurs ordres juridiques entrent en contact, il se peut qu'ils coopèrent ou qu'ils rivalisent.

Une « morale » en vigueur, religieuse ou non, peut servir l'administration en engageant ouvertement ses fidèles à la respecter. L'histoire fourmille d'exemples. Une telle morale peut aussi servir indirectement le pouvoir étatique en le déchargeant d'une partie de ses tâches. A dessein ou non. On a observé que la criminalité était de loin plus élevée, que les lois répressives tendaient à se montrer plus sévères et que la police avait plus fort à faire dans certaines régions qu'en d'autres, même si l'on comparait des villes de même taille, parce que telles populations se trouvent, comme on dit, plus « socialement intégrées » que d'autres : c'est-à-dire que les unes ont une morale commune, en partie certes intériorisée, mais en partie aussi juridifiée par le milieu; et que les autres refusent ce code, par exemple parce qu'elles sont composées d'immigrés récents d'origines diverses. Si le droit fiscal, la législation économique, maintes dispositions du code de la route, coûtent une armée de contrôleurs et néanmoins se voient ouvertement désobéis, non par quelques « marginaux » comme sont les cambrioleurs et les assassins, mais par une quantité de gens, c'est sans doute en partie parce que ceux-ci n'encourent tout au plus dans leur entourage qu'un blâme assez léger, mises à part les sanctions étatiques. Dans certains domaines, l'Etat ne peut compter que sur lui-même pour soutenir ses volontés (il se présente d'ailleurs souvent comme le seul serviteur de l'intérêt général). Seule, la coopération d'une partie au moins de ses sujets le dispense de la sévérité. Il est douteux que

les lois anglaises fussent si libérales, tout en n'étant pas particulièrement méconnues, si le puritanisme de la société anglaise avait été moins tyrannique.

Quoi qu'il en soit de son efficacité, une collaboration des ordres juridiques advient dans les circonstances les plus variées. Elle peut être temporaire. Un Etat attaqué voit d'un bon œil naître des organisations de résistance, avec lesquelles ou certaines desquelles il s'entendra peut-être moins bien un jour. Mais on observe une collaboration presque constante entre la famille, qui passe pour utile au pouvoir politique, et ce pouvoir qui à son tour l'encourage et la protège lorsqu'elle est « légitime », c'est-à-dire lorsqu'elle passe par ses conditions. Et celles-ci ne sont pas toujours établies dans l'intérêt de cette famille, ainsi qu'on peut le voir par l'exemple des catholiques déchus de leur autorité sur leurs enfants après la Conspiration des Poudres.

La coopération ne s'institue pas uniquement entre des ordres qui semblent faits pour s'entendre, comme autrefois le trône et l'autel. Elle se produit aussi entre partenaires plus sujets à se heurter : entre l'Etat et les professions ou corporations, lorsque l'organisation de celles-ci est sanctionnée par la loi (syndicats obligatoires, etc.). Voire entre ennemis, à l'occasion : des associations de malfaiteurs ont indiqué l'un d'eux à la police, sans doute pour n'avoir pas été « régulier » dans quelque affaire; plus d'une armée favorise le maintien d'une autorité locale pour se décharger du soin d'administrer les territoires envahis; et au milieu même de la haine et de la fureur soulevées par sa campagne de Russie, Napoléon, dont l'avance lui mettait sur les bras une multitude de paysans délivrés de leurs seigneurs, alla jusqu'à faire proposer au tsar de rétablir les gouverneurs russes dans les provinces occupées.

La coopération de plusieurs ordres juridiques peut aller jusqu'à former un, sans qu'ils aillent nécessairement jusqu'à se fusionner en lui. Imaginons que plusieurs Etats en menacent un autre de sanctions s'il ne prend pas telle mesure. Autrement dit, imaginons que des individus placés en telle situation qu'ils puissent former ce qu'on appelle fictivement la volonté de cet Etat apparemment destinataire soient menacés, pour le cas où ils ne feraient pas prendre à cet Etat ladite mesure, d'un désagrément consistant en sanctions qui les frapperaient directement ou par l'intermédiaire de désagréments infligés à des sujets

à la peine desquels ces dirigeants sont sensibles. On peut voir là plusieurs normes de contenu identique, normes qu'on pourrait qualifier de parallèles, appartenant à des ordres étatiques différents et adressées à des destinataires communs. Mais si ces Etats s'entendent pour lier leurs forces au service d'un vœu commun, ils réalisent en même temps une norme plus intense que chacune de celles qui la composent, norme appartenant à un ordre juridique distinct où c'est leur coalition qui détient le pouvoir. On a ainsi un grand nombre d'ordres juridiques internationaux distincts. L'opinion répandue suivant laquelle la communauté internationale n'est le support que d'un seul et vaste ordre juridique, appelé *le droit international public*, implique une théorie du droit différente de la nôtre, théorie peut-être plus juste, mais que les internationalistes n'ont pas fini de chercher.

Les coalitions peuvent être plus ou moins durables, leur champ d'action peut être plus ou moins étendu, le pouvoir qu'elles constituent peut se doter d'une organisation plus ou moins centralisée. Par exemple, en convenant que les décisions seront prises non pas à l'unanimité des Etats membres, mais à la majorité, ou même par un organe distinct de la réunion de leurs délégations, organe où tous ne seraient pas nécessairement représentés de manière égale, où peut-être même certains pourraient par moments n'être pas représentés. Il faut être attentif au fait que si plusieurs puissances renoncent ainsi à se prévaloir de leur indépendance, elles ne la perdent pas pour autant. Si elles conviennent toutes de se mettre au service de décisions prises seulement par certaines d'entre elles, elles ne perdent pas automatiquement par là le pouvoir réel de se refuser à tout moment à poursuivre cette coopération. Il se peut qu'un tel refus viole un engagement mais c'est là une autre question que celle de savoir s'il reste possible. Il le reste du fait que ces Etats coalisés ne forment un ordre juridique commun que par l'intermédiaire d'organes qui sont délégués, même si certains de ceux-ci portent le titre de souverains ou de chefs d'Etat. Les choses se compliquent du fait qu'on peut voir dans chaque Etat membre d'une telle coalition le destinataire d'une norme émanant de tous les autres et s'exprimant notamment par l'intermédiaire des organes communs, norme enjoignant de respecter la convention qui a fondé la coalition, et parfois même d'accepter une intégration plus poussée que celle à quoi cette convention initiale engageait.

La coopération ne va toutefois pas jusqu'à la fusion aussi longtemps que les pouvoirs délégués demeurent séparés. Par exemple, si une

bureaucratie commune, fût-elle qualifiée de supranationale, donne des injonctions à des organes étatiques alors que ce sont eux et non elle à qui la force armée obéit et fait obéir, c'est parce que et aussi longtemps que les Etats le veulent bien. Nous pouvons penser qu'il vaudrait mieux assujettir ceux-ci à une politique servant leurs intérêts communs plutôt que de les laisser s'affaiblir mutuellement dans la poursuite d'objectifs antagonistes. Mais que nous le pensions ne suffit pas pour qu'eux-mêmes en soient convaincus. Or c'est ce que le pouvoir pense qui a du poids sur les événements, et non ce que nous estimons qu'il devrait penser.

Naturellement, en cette matière encore plus peut-être qu'en aucune autre, il nous faut apprendre à analyser la réalité en fonction de ce que les pouvoirs font, sans nous laisser influencer par ce qu'ils disent qu'ils font.

D'autre part, étant donné la complexité de ces Etats et combinaisons d'Etats, il est prudent de tester toute théorie se rapportant à leurs relations en cherchant à l'appliquer, *mutatis mutandis*, aux relations entre des ordres juridiques aussi simples que possible.

Parlons à présent d'une conséquence que la rencontre des ordres juridiques produit encore plus souvent que leur coopération : leur rivalité.

Ouverte entre quelques-uns seulement, on peut dire qu'elle n'en épargne tout à fait aucun, et tels qui s'entraidaient hier se font la guerre aujourd'hui. C'est qu'au cœur de tout ordre juridique se tient un pouvoir. Ce n'est pas tout pour lui d'avoir prise sur certaines personnes. Encore faut-il que d'autres pouvoirs ne soient pas au même point à l'égard des mêmes sujets. Or, pour régner sans partage, il ne suffit pas d'interdire tout acte d'obéissance aux commandements des ordres concurrents. Il faut de plus empêcher ceux-ci d'exercer des pressions plus fortes que cette interdiction. Il est donc nécessaire de s'en prendre directement à eux. Le pouvoir d'un ordre juridique ne demeure indifférent à la présence d'aucun autre pouvoir autonome, ne serait-ce que parce que celui-ci peut toujours grandir; et il y a peu d'apparence que plusieurs pouvoirs, même alliés, coexistent longtemps sans que l'un ne prenne secrètement ombrage de ce que fait l'autre, et ne rêve de se substituer à lui, quitte d'ailleurs à faire à sa place exactement la même chose, encore qu'il ait peut-être fallu promettre le contraire pour en arriver là.

En dépit de cette opposition, on peut observer que l'ordre juridique le plus fort ne s'emploie d'ordinaire à en détruire qu'un petit nombre d'autres. Il en est ainsi non seulement parce qu'il peut avoir avantage, comme on l'a vu, à la coopération de quelques-uns, mais aussi parce que si même il peut se passer d'eux et possède la force de les dissoudre, il n'a pas souvent celle d'empêcher qu'il en renaisse d'autres à la faveur des besoins divers qui couvent au sein d'une population. Et non seulement il ne peut toujours l'empêcher, mais c'est parfois lui-même qui engendre le besoin d'instituer un autre ordre, lequel n'existe que contre lui : les prisonniers tissent, afin de s'informer, de se nourrir, de se chauffer, de se secourir, des organisations ingénieuses, plus ou moins impératives et plus ou moins clandestines, dont une fois la baraque ouverte ou le camp libéré, il ne reste que souvenirs et récits. Or, un ordre juridique peut se dispenser d'anéantir la plupart de ceux qui se forment parmi ses sujets : il existe un moyen de tirer parti de la coexistence des ordres, ou du moins de s'en accommoder, sans souffrir de leur rivalité et même sans la perdre de vue. Ce moyen nous paraît être tout justement ce qu'on peut apercevoir de réel dans la notion presque sacrée de souveraineté, lorsqu'on la considère de sang froid. Il consiste en ce que le plus fort de plusieurs ordres juridiques en présence, loin de prendre toutes leurs armes aux autres, se contente de leur ôter les plus dangereuses. C'est ainsi que l'Etat permet à ses sujets d'user pour leur compte de sanctions mineures (amendes, blâmes, exclusions, et encore avec des limites) mais réprime comme assassinat, rapt ou séquestration la peine capitale, l'arrestation ou l'emprisonnement pratiqués par d'autres que ses organes. Dès lors, si un autre pouvoir entre en compétition avec lui, cet intrus pourra multiplier les défenses : leurs sujets communs seront pris entre deux feux et le dernier mot reviendra souvent au seul maître des sanctions suprêmes. Aussi ce monopole est-il la chose du monde sur laquelle celui-ci plaisante le moins. Certes, la sévérité dont il fait preuve en cas de contestation traduit souvent le souci d'assurer la tranquillité de ses sujets. Mais elle s'explique aussi bien lorsque cette préoccupation fait défaut. On sait plus d'un Etat qui assiste indifférent aux souffrances de ses peuples, dans des régions entières et des quartiers délaissés; mais qu'une de ces vies sacrifiées prenne fin par homicide, un peu plus tôt qu'elle n'eût fait sous le poids de la misère, et cette fois c'est sans tarder que ce pouvoir, non moins ému, et pour cause, que d'une violation de frontière, dépêche des hommes en armes. Du

reste, il est révélateur que ce qu'il appelle jalousement son territoire ne soit pas le champ d'application de toutes ses normes : il a des sujets ailleurs et régit, parfois en usant de violence, des faits qui se produisent ailleurs, comme il arrive que d'autres puissances, étrangères ou non, en fassent autant chez lui. Le territoire est bien plutôt *le champ d'application dans l'espace d'une norme en laquelle tient toute la spécificité de l'Etat, norme par laquelle celui-ci se réserve l'emploi de la violence physique*. Toutes celles qui sont commises en ces lieux sans son ordre ni sa permission ne s'appelant que rixes, duels, troubles, voies de fait, sévices. Nous disons violence physique et non plus sanction suprême, parce que s'il est vrai que pour réaliser celle-ci l'on recourt le plus souvent à celle-là, d'autres moyens sont concevables. Tel serait le fait de prononcer une exclusion, une excommunication, une malédiction contre des êtres qui redouteraient un tel arrêt plus que la mort et la torture. Il ne semble pas qu'aucun des sens courants du terme Etat comporte que l'entité ainsi appelée prétende aussi au monopole de telles sanctions.

Cette prétention caractéristique au monopole de la violence physique n'est pas toujours entièrement efficace. On s'en aperçoit chaque jour. En outre, elle peut coexister avec une prétention identique émise au même lieu par une organisation rivale (en cas de guerre civile, de guerre d'indépendance, de contestation de frontière, d'invasion, etc.). On peut donner à cette autre organisation le nom d'Etat bien que l'acception usuelle du terme comporte qu'il n'y ait pas plusieurs Etats au même endroit. Si nous voulions nous conformer au sens courant en ce qu'il reconnaît un Etat au plus par endroit, nous devrions entendre le monopole caractéristique de l'Etat comme quelque chose de plus qu'une pression : comme une élimination effective des concurrents, due au fait que la pression non seulement pèse, mais triomphe. Une telle solution obligerait soit à choisir comme caractéristique un degré de succès de cette pression parmi les divers degrés possibles, ce qui serait arbitraire et insuffisant, soit à exiger un succès total, ce qui heurterait encore le sens courant en revenant pratiquement à ne reconnaître aucun Etat.

La norme spécifique dont nous parlons ne consiste pas à interdire toute violence physique, mais à ne la permettre que dans certaines limites (par telles personnes, sur telles personnes, à telles conditions : légitime défense, droit de vie et de mort du maître sur l'esclave, etc.).

De plus, cette prétention ne confère pas à l'organe qui la fait valoir une puissance entièrement libre : il demeure le destinataire de pressions importantes émanant d'Etats, de ligues d'Etats, d'associations et de sociétés locales ou transnationales, etc.

Qu'on ne comprenne pas que l'exercice de la souveraineté telle que nous venons de la définir nous paraisse toujours mû par la volonté de puissance exclusivement : l'action du pouvoir étatique peut avoir pour mobile l'intérêt même de ses sujets. Mais accoutumés que nous sommes à considérer qu'il prend cet intérêt à cœur, nous pourrions perdre de vue ce que serait le comportement de l'Etat si même il n'obéissait qu'au souci de conserver son pouvoir.

La juridicité d'un ordre ne dépend d'aucun autre ordre : les décrets d'aucun autre ne peuvent ni la faire naître, ni l'éteindre (nous parlons des décrets eux-mêmes, non de l'exécution de tel d'entre eux qui commanderait de maintenir de force une cohésion ou d'anéantir un pouvoir propre). C'est là une première limite tracée par l'*étanchéité* des ordres juridiques aux relations de ceux-ci ⁽¹⁾.

Les autorités, les organes d'application, les sujets d'un ordre juridique A ne peuvent nier sans se tromper la juridicité des normes d'un ordre juridique B. Mais s'il leur arrive néanmoins de la nier, ce ne sera pas toujours là de leur part une erreur pure et simple. Ce pourra être aussi une façon imagée et impropre de dire que A combat B, ou du moins se garde de toute coopération avec lui au point de notifier aux organes et aux autres sujets A que la qualité de norme juridique d'une norme B ne les lie en rien. En aucun cas cette négation ne signifie, encore qu'on croie souvent le contraire, que A puisse faire que les normes B ne soient pas des normes juridiques, alors qu'il n'est pas encore parvenu à détruire effectivement le pouvoir propre de B. Il est seulement vrai que A commande de se conduire *comme si* elles n'étaient pas des normes juridiques. Ainsi tel Etat considère comme une simple bande de brigands, à laquelle

(1) On trouvera une bonne partie des considérations qui suivent sur l'étanchéité dans Santi Romano, étrangement plus net et plus fécond en exemples sur ce chapitre que sur celui de l'identité des ordres juridiques (*L'ordre juridique*, cit. *supra*, p. 117, note 1).

il dénie toute valeur et même toute nature juridique, un mouvement de libération ou une armée mutinée qui en vérité est un ordre juridique, et se trouve peut-être déjà reconnu en qualité d'Etat par des Etats sympathisants et par les juristes qui raisonnent selon ceux-ci, voire par d'autres juristes.

Autre exemple : après la libération d'un territoire occupé par l'ennemi, l'autorité décide que le droit étatique valable sur ce territoire a consisté non pas dans les décrets imposés par l'occupant, mais dans ceux de quelques personnes clandestines ou exilées, qui avaient conservé ou pris le nom de gouvernement légitime. Quelle est la portée de cet acte par lequel des décisions qui ont eu vigueur se voient refuser après coup, et comme rétroactivement, un caractère juridique reconnu pourtant à des volontés moins soutenues ? Elle est que rentrés d'exil ou sortis de l'ombre, les vaincus d'hier deviennent maîtres du lieu, et y ordonnent qu'on agisse autant que possible *comme si* le droit n'avait jamais cessé d'y être le leur. On peut créer cette fiction, qu'un régime imposé du dehors ou, par une dictature momentanée, du dedans, n'était pas un régime juridique; cette fiction produit ses effets dans l'ordre qui commande de la respecter, dès lors que celui-ci entre en vigueur; mais on ne peut faire que la fiction qu'on impose n'en soit pas une, et que son contenu soit vrai. Car si odieux qu'aient pu être un envahisseur ou un despote, la négation du caractère en soi juridique de leurs volontés demeure erronée, même quand cette négation devient elle-même un moyen d'expression de normes juridiques.

Qu'un ordre juridique déclarant quels pouvoirs sont de droit et quels ne le sont pas procède par fictions, beaucoup de gens n'en sont conscients que par intermittence. Il arrive notamment qu'ils soient aveuglés par le succès de la thèse officielle, lié à la fortune du pouvoir qui la fait valoir. Supposons deux royaumes où le souverain est déposé, s'enfuit seul, jurant d'effacer un jour cet événement en punissant les usurpateurs comme autant de brigands, sans aucun égard pour les titres qu'ils se seront donnés; de châtier les sujets qui se seront conduits selon les lois révolutionnaires et dispensés d'obéissance à celles abrogées par l'insurrection. Au bout de quelques semaines, où l'un de ces nouveaux régimes, d'ailleurs populaire, paraissait solide, d'autant qu'il avait le soutien d'une puissance étrangère, celle-ci connaît de graves revers; le monarque rentre et tient parole. Lorsqu'il affirmera plus tard la continuité de son ordre, bien peu le contrediront et auront assez de liberté d'esprit pour remarquer qu'on peut tout au plus leur

ordonner de « faire comme si ». Quant au second prince de notre exemple, il n'a jamais pu rentrer. Il vit au loin depuis cinquante ans avec de rares fidèles qui veulent bien lui parler comme à un souverain; il n'a pas renoncé, malgré son âge, à une restauration dont il est d'ailleurs difficile de savoir combien de sujets restent à l'espérer, car le pouvoir révolutionnaire, depuis ses débuts chancelants et malaisés, le prince étant populaire alors et l'étranger indigné, a sévèrement interdit l'expression de tels sentiments. Pourtant on sourit comme d'une fiction si l'exilé se donne pour le gouvernement légitime du pays; il est à peu près le seul à ne pas reconnaître la juridicité du nouveau régime. Certaines fictions ont moins de succès que d'autres.

Si un ordre juridique n'affecte pas la juridicité d'un autre en la niant, il ne peut non plus greffer une norme sur cet autre malgré celui-ci. C'est encore là un aspect de l'étanchéité. Les organes d'un ordre juridique sont tenus selon lui de respecter et faire respecter non pas toutes les normes juridiques, mais seulement celles qu'il veut. Supposons un instant qu'un prévenu allègue un ordre reçu de la *mafia* ou de la *camorra* devant un tribunal sicilien ou napolitain s'appêtant à le juger pour quelque délit : non seulement le caractère éventuellement juridique de cette norme ne serait probablement pas admis; mais même reconnu, il passerait pour une bien méchante excuse. D'ailleurs, si c'était plutôt l'organisation à laquelle cet homme appartient qui se disposait à le punir d'avoir, par exemple, livré ou dénoncé un des siens, et si cet homme produisait quelque loi italienne ordonnant ou autorisant son attitude, ses chefs ne feraient qu'en rire, et pourtant ce ne serait pas parce qu'ils songeraient à contester la juridicité du droit italien.

Certaines controverses tiennent pour une grande part à la méconnaissance de cette étanchéité. Par exemple, celles qui touchent à la nature juridique de l'entreprise et aux pouvoirs de l'employeur. Celui-ci exerce en fait sur son personnel des pouvoirs plus étendus que ne lui en donne (notamment par le contrat) la loi étatique. On en a déduit que certaines entreprises étaient comme de petits Etats. La remarque procède de l'intuition souvent juste qu'elles sont de vrais ordres juridiques; mais comme on tend souvent à confondre juridique et étatique, certains pensent à tort que si les décisions prises en vertu

de ces pouvoirs sont contestées, l'employeur peut les faire valoir devant le juge étatique, alors pourtant que la loi étatique ne les reçoit pas. Autre exemple : des jugements ont été critiqués parce qu'ils tranchaient une question de droit syndical d'après le droit des contrats (droit étatique) et semblaient par là ignorer que les syndicats étaient plus que des associations contractuelles. On voulait dire sans doute qu'ils étaient parfois de véritables ordres juridiques. Il est peut-être vrai qu'ils le sont mais les juges en question, s'ils ne trouvent dans la loi de leur Etat aucune règle, autre que le régime contractuel, donnant *relevance* à l'ordre juridique propre de certains syndicats, n'ont pas à respecter celui-ci⁽²⁾.

Qu'il décide ou non de l'« ignorer », un ordre juridique A peut braver et permettre ou commander à ses organes et à ses autres sujets de braver une norme d'un ordre B; mais tout à l'opposé, il peut aussi décider de la considérer comme si elle était non pas seulement juridique en soi, mais une des siennes, ce qui revient à commander à ses sujets de la respecter et à ses organes de la faire respecter. Ainsi la loi renvoie parfois, pour la solution d'un problème, à des règles dites morales, ou à des usages en vigueur dans un milieu donné, voire à des lois d'un Etat étranger. Elle-même peut être désignée par les statuts d'une institution privée ou par les normes d'un pays lointain, et se trouver ainsi appliquée non plus seulement par ses organes propres, mais par les leurs. Ces *réceptions* peuvent être partielles (exemple : les obligations dites naturelles). En effet, contacts et emboîtements n'altèrent pas le pouvoir d'étanchéité des ordres juridiques. Si une norme B vaut pour les organes et pour les sujets de A, c'est en vertu d'une norme A, ou d'une norme d'un troisième ordre juridique C, lui-même habilitée par une norme A, et seulement aussi longtemps que la norme A n'est pas rapportée par l'ordre juridique A. L'ordre juridique A peut avoir un intérêt à recevoir ainsi les normes de B; celui-ci peut même créer cet intérêt en exerçant une pression par des menaces; mais aussi longtemps que cette pression de la puissance B n'empêche pas l'ordre juridique A de subsister, aussi longtemps qu'elle lui laisse, fût-ce dans certaines limites, sa propre volonté dominante, c'est-à-dire un pouvoir qui ne soit pas entièrement délégué

(2) Pour plus de développements sur les applications de la pluralité et de l'étanchéité des ordres juridiques aux relations du travail, v. notre *Introduction au droit social*, Fac. droit Liège, 1974, II^e partie, chap. V.

par B, il n'est pas de validité d'une norme au sein de A, pas de *relevance* d'une norme B pour les organes et les sujets de A, qui ne repose sur une norme A. Il nous semble qu'il en soit ainsi, même si l'existence d'une telle norme de A est la condition mise par l'ordre B à ce que l'ordre A ne soit pas envahi, détruit ou absorbé.

On voit mieux dès lors que la juridicité de normes pratiquées en des milieux détestables n'est pas choquante comme il le paraissait d'abord : elles ne s'imposent pas pour autant hors de ces milieux, car tout ordre juridique peut, s'il le veut, décider de ne tenir aucun compte de la juridicité de quelque norme étrangère que ce soit, quitte à ce que cela lui coûte cher. Que ses organes ou ses sujets ignorent cette juridicité ou la nient ou la reconnaissent, cela revient pratiquement au même en présence d'une telle décision. Il arrive que la réception et par conséquent la *relevance* d'un précepte soit liée, dans un ordre donné, au fait que ce précepte est déjà norme juridique ou même norme étatique dans un autre ordre, mais il n'en va ainsi que parce que et aussi longtemps que l'ordre récepteur le veut. S'il ne veut pas le recevoir, le précepte, si juridique soit-il, reste frappé d'*irrelevance*. On dit souvent juridique pour relevant et non juridique pour irrelevant mais il ne faut pas s'y tromper.

Nous pouvons à présent revenir une dernière fois à la distinction du droit et de la morale. On a vu qu'il existait, outre une morale individuelle, une morale sociale, et que celle-ci était parfois juridifiée. Il reste à préciser qu'elle peut l'être en ordres juridiques distincts et par conséquent étanches : la loi étatique pour tel précepte (elle le répète, ou elle y renvoie), et pour d'autres préceptes la loi de certains milieux, corps sociaux plus exigeants que l'Etat en quelques matières. On peut ne pas user de toutes les façons et bonnes manières requises pour appartenir à tel monde fermé, à telle société choisie, sans commettre de faute engageant une responsabilité aquilienne en droit étatique; et manquer à la solidarité sur laquelle des parents ou des associés se fondent pour exiger une diligence particulière, sans enfreindre le droit étatique de la famille ou du contrat.

CHAPITRE XXI

Droit et connaissance - Application et interprétation - Le rôle de juriste - Influence des juristes, notamment sur la représentation du droit

Il est une question dont nous avons jusqu'ici fait abstraction autant qu'il était possible, afin de ne pas compliquer. C'est celle de la connaissance du droit. Elle importe à plusieurs points de vue, où nous allons nous placer successivement.

Avant tout, si l'on admet le concept que nous avons proposé du droit, une certaine connaissance est pour celui-ci une condition d'existence.

Elle est, de plus, nécessaire à ce qu'on appelle l'application et l'interprétation; mais seulement dans une certaine mesure, qu'il faut chercher.

Après avoir indiqué par là ce que cette connaissance permet, nous remonterons à ce dont elle-même dépend. Elle est quelquefois assurée par des spécialistes : les juristes. Nous tenterons de les définir. Puis nous essayerons de faire voir en quoi l'apparition de juristes est un événement capital. D'abord, ces personnes contribuent grandement à former et à répandre une des représentations du droit qui ont cours. Représentation tout ensemble plus scientifique que celle que le pouvoir peut chercher à accréditer, et moins que si elle procédait de la seule curiosité. D'autre part, les juristes détiennent un mode de participation spécifique à la volonté dominante. Nous nous efforcerons de l'indiquer. En dernier lieu, nous nous demanderons avec quel succès ils rempliraient leur rôle s'ils prenaient le parti de distinguer toujours science et action rigoureusement.

Il faut, pour être juridique, que la norme soit connue et qu'elle le reste : connue du sujet, afin que la menace soit ressentie, faute de

quoi il n'y a pas de pression; et du pouvoir, faute de quoi la pression n'est pas exercée.

Certains ordres affirment que nul n'ignore la loi. Cette fiction tend à justifier que la sanction frappe même les ignorants. Il reste que s'ils ne s'attendent à rien, la menace ne pèse pas sur eux. Faute de pression, la loi n'est donc pas une norme juridique à l'égard de tous ceux que son expression vise et à qui la sanction sera appliquée. Il n'existe pas d'obligation sans sanction, mais il y a des sanctions sans obligation.

Le cas est différent où quelqu'un n'a jamais entendu parler d'une certaine loi mais sait qu'il ne les connaît pas toutes et qu'il est pourtant supposé les connaître. Cette personne est bien destinataire d'une norme. Toutefois, le devoir que cette première norme lui fait n'est que de s'informer. Il ne consiste pas dans l'obligation indiquée directement par la loi inconnue : de cette loi ne subsiste que la sanction, laquelle forme une obligation si elle se combine avec cette affirmation ou plutôt ce vœu du pouvoir, que nul n'ignore ses commandements.

L'ignorance chez le destinataire n'anéantit qu'envers lui le caractère juridique d'une injonction. L'ignorance du pouvoir produit un effet différent : l'oubli d'une norme par tous les organes de la pression qu'elle comporte ne peut qu'éteindre sa juridicité pour tous les sujets. En aucun pays un jugement perdu de vue ne saurait avoir valeur de précédent. On a vu des circulaires oubliées, et des lois ou des arrêtés que l'on croyait abrogés bien que la procédure prévue pour l'abrogation n'eût pas eu lieu. On a retrouvé jusque dans le code civil des « bouts de texte » passés inaperçus durant de longues périodes. Naturellement, la norme qui court le plus de risque de disparaître par l'oubli est celle qui met en présence un petit nombre de personnes : par exemple, l'ordre qu'un supérieur adresse à un ou quelques subalternes, et se borne à prononcer devant eux seuls, sûr de leur obéissance ou de sa mémoire. Pour que la juridicité cesse, il n'est pas nécessaire que l'oubli se produise aussi chez les destinataires. S'ils savent que le pouvoir n'a plus la norme à l'esprit, et se gardent de la lui rappeler, ils ne voient plus en elle qu'un simple souvenir de norme. Certes, ils peuvent ignorer que le pouvoir ignore, partant continuer de croire à la présence d'une norme juridique. Toutefois, c'est par erreur, puisque la menace de sanction à laquelle ils songent est devenue imaginaire : elle émane non plus du pouvoir, mais d'eux-mêmes. L'origine de la pression qu'ils éprouvent est bien sociale (comme celle de quantité

d'impulsions, de sentiments ou d'opinions greffés sur nous, même s'ils nous paraissent venir de notre propre fonds). Par contre, cette pression elle-même, devenue intraindividuelle, s'est transformée en pression par illusion de menace de sanction, c'est-à-dire en autre chose qu'une norme juridique, du moins d'après le sens courant.

La juridicité suppose une connaissance, mais non une connaissance complète. On peut savoir qu'un comportement est interdit, ou même seulement s'en douter, et n'avoir aucune notion précise sur la mesure de cette interdiction, sur sa source, sur ses modalités. Un vœu et une menace imparfaitement aperçus n'en forment peut-être pas moins une pression. Même si l'on se transporte en un lieu inconnu, la seule conscience d'y être soumis à un pouvoir donné peut déjà entraîner par voie de supputation la connaissance partielle de certains vœux et de certaines menaces, partant l'existence de normes. Un sujet peut évidemment éprouver le besoin de passer à une notion plus détaillée de celles-ci, et pour ce qui le regarde leur contenu pourra s'en trouver augmenté. Du côté du pouvoir, si un organe travaille à empêcher un comportement que d'autres organes ont interdit sous des sanctions auxquelles il a pour mission de participer, et si cet organe ne voit plus complètement par quelles autorités cette interdiction est portée, en quels termes elle est formulée, quelles sanctions peuvent y être attachées, il n'a de la règle prohibitive qu'une notion abstraite, mais s'en représente assez pour que sa juridicité demeure, même si elle ne tient qu'à lui. Néanmoins, le pouvoir peut avoir intérêt à accroître la précision de sa connaissance, soit qu'il entende mieux appliquer les normes actuelles, soit qu'il veuille en élaborer de nouvelles en sachant sur quel terrain il bâtit.

Qu'est-ce qu'appliquer une norme, sinon agir en vue de réaliser le vœu principal ou, à défaut, la menace qu'elle contient ? C'est donc soit obéir, soit faire obéir, soit sanctionner.

Un pouvoir qui fait obéir ou qui sanctionne peut agir spontanément; il peut aussi obéir lui-même à une autre norme émanant d'un pouvoir qui le considère comme un organe d'application. Et même subalterne, un pouvoir ne s'en prend pas toujours immédiatement à la personne dont il souhaite une conduite. Il préfère parfois s'adresser à des pouvoirs intermédiaires, par des actes qui leur donnent une délégation :

d'où la construction kelsénienne, dont s'inspirent en partie les remarques qui suivent sur l'application.

Si appliquer une norme comporte souvent qu'on en crée une autre, c'est parce que cet acte d'exécution peut nécessiter l'intervention d'autres personnes, et qu'il faut la régler : la loi demande un arrêté et celui-ci, pour s'imposer à un récalcitrant, peut réclamer une décision de contrainte venant de l'administration ou du juge, l'exécution forcée du jugement suppose une décision de la force publique, etc. Il arrive que le pouvoir contraint de déléguer ne le fasse toutefois qu'avec méfiance, donnant aux délégués des instructions précises, s'efforçant par divers moyens d'obtenir que les délégués agissent en toute circonstance comme eût fait le délégant. Ce souci a rarement été déclaré avec plus de netteté (et d'ailleurs, sans doute, éprouvé avec plus de violence) que par Napoléon : « Ceux que j'ai faits grands dignitaires ou ministres cessent d'être libres de leurs pensées et de leurs expressions, ils ne peuvent être que les organes des miennes » (1). En fait, il se heurte à des obstacles dont un est irréductible. Pour une même norme, plusieurs applications sont possibles, de la part des sujets inférieurs ou d'un pouvoir intermédiaire. Et parfois même, chez celui-ci, à plusieurs échelons : il est diverses façons d'appliquer la Constitution par une loi, et encore diverses façons d'appliquer la loi par une décision judiciaire, gouvernementale ou administrative, ou même par un contrat entre « particuliers ». Il y a assurément une quantité de lois que la Constitution interdit au législateur de prendre, un certain nombre de condamnations que le code pénal, fixant pour un délit un minimum d'amende ou de prison, ne permet pas au juge de prononcer, comme il existe des catégories entières de conventions que le code civil ne reconnaît pas parce qu'elles sont contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, que le consentement s'y trouve vicié par l'erreur, le dol ou le défaut de capacité... Mais ces cadres une fois déterminés, d'où la norme supérieure défend de sortir, il ne reste évidemment pas qu'une seule façon de les remplir : un seul acte, une seule loi, un seul jugement, un seul contrat possible. En tout et pour tout, la norme supérieure 1° interdit d'excéder le cadre qu'elle fixe, 2° autorise (nous verrons plus loin en quel sens) également toutes les décisions qui ne l'excèdent pas et, de ce fait, toute norme éventuellement créée par de telles décisions.

(1) J. ORIEUX, *Talleyrand*, Flammarion, 1970, p. 513.

Dans ces conditions, appliquer c'est choisir. Sans compter qu'à notre avis, le parti d'appliquer, pris avant même d'arrêter comment, est déjà un premier choix. Option, celle-ci, plus visible chez le sujet ordinaire que chez l'organe d'application parce qu'elle est souvent habituelle de la part de ce dernier : les circonstances sont relativement rares où un juge songe à juger sans respecter en aucune façon la loi. A quoi s'ajoute encore chez celui-ci le choix de juger, fût-ce de manière prétorienne, plutôt que de refuser d'user de son pouvoir pour prendre parti.

Nous l'avons dit, la norme supérieure autorise également tout acte, toute norme respectant le cadre qu'elle fixe. Selon Kelsen, ce respect est même nécessaire pour que la norme inférieure soit juridique. Il est douteux, pourtant, que cette nécessité se vérifie en toute circonstance. Pour faire une norme juridique, un vœu, une impérativité et une capacité de pression par menace de sanction suffisent. Juger indispensable dans tous les cas l'habilitation par une norme supérieure revient à faire une quatrième condition de juridicité et celle-ci n'est pas logiquement admissible, puisqu'une norme juridique au moins ne peut y satisfaire. Dans ces conditions, à quoi bon l'habilitation ? Existe-t-il des circonstances où elle confère le caractère juridique ? Et lorsqu'elle ne le donne pas, que sert-elle à produire ?

L'intérêt qu'éprouve l'auteur d'une norme à la créer dans les conditions fixées par une autre norme peut tenir d'abord à ce qu'il désire que la sienne soit juridique. En effet, s'il n'a aucune force propre, le seul moyen de juridifier ses vœux consiste à se chercher un ordre juridique disposé à lui déléguer un pouvoir, c'est-à-dire à faire qu'on lui obéisse par crainte d'un autre que lui. Dans l'autre hypothèse, il peut être capable de juridifier ses volontés sans cela. Il ne lui reste alors d'intérêt à respecter un cadre que s'il souhaite que ses normes juridiques soient normes d'application. Il a souvent lieu de le désirer car son pouvoir non délégué, celui qu'il possède en propre, peut ne pas lui suffire. Par exemple, parce qu'il a à cœur un rôle d'exécution auquel il a été commis et que les forces qu'il peut apporter ne permettent pas du tout ou pas assez de le remplir. Ou encore parce qu'il veut jouer ce rôle pour servir non plus tant la volonté de l'ordre qu'il applique, mais la sienne. Dans l'un et l'autre cas, il entend détenir et exercer, à côté de son pouvoir propre, un pouvoir prêté par un ordre juridique autrement puissant, afin de produire des normes que celui-ci reconnaisse pour siennes, impose à ses sujets de respecter,

et à ses organes de faire respecter. Nous avons vu plus haut qu'une norme isolée pouvait être juridique et former un ordre juridique. Nous exprimons la même chose ici en disant que l'habilitation n'est pas toujours une condition de juridicité. Elle ne détermine nécessairement qu'un lien entre la norme habilitée et d'autres. Cette appartenance, cette sorte de parenté, peut ne se traduire que par un surcroît de juridicité, que ce soit en degré ou en étendue.

La norme qui habilite s'accompagne souvent de normes faisant des obligations à l'habilité, mais en elle-même ne lui en impose aucune. Ces autres normes, souvent, lui donnent l'obligation d'exercer le pouvoir constitué par l'habilitation. Souvent aussi, elles lui font l'interdiction d'en user autrement qu'en respectant certaines instructions. Ces limites sont parfois plus étroites que celles dudit pouvoir, et dans ce cas leur transgression n'emporte pas que les sujets soient déliés de l'obligation d'obéir au délégué.

On le voit, l'habilitation ne peut être condition de juridicité que dans le cas où l'appartenance à l'ordre qui confère cette habilitation est une telle condition. En fait, la plupart des organes produisant des normes étatiques n'ont d'eux-mêmes aucune autorité; et contrairement aux actes de vassaux, les décisions d'un gouverneur, d'un juge, comme les normes plus restreintes que sont les contrats passés par des « particuliers », ne revêtent ordinairement de sanction, de pression, ne sont normes juridiques, que grâce à un ordre juridique qui permet à leur auteur de les relier à sa puissance. Il est vrai cependant qu'une patrouille donnant un ordre de réquisition, ou encore émettant quelque injonction, et certains contractants puissants comme une entreprise peut l'être en face d'un salarié isolé, ont déjà un pouvoir propre qui leur permettrait à la rigueur de juridifier eux-mêmes leurs vœux. Mais d'ordinaire, ils ne s'en tiennent là que pour quelques-uns de ceux-ci, et rattachent les plus nombreux à l'ordre qu'ils ont reçu pouvoir d'engager. Ils le font du moins presque chaque fois qu'ils remplissent les conditions auxquelles ce pouvoir est subordonné. Une fois de plus, ils peuvent en cela vouloir tantôt servir leurs volontés, tantôt placer celles-ci au service de l'ordre utilisé. Prenons encore deux exemples. On dit souvent qu'un accord ne peut être reconnu contrat que s'il est conclu avec l'intention de produire des effets « juridiques ». Cet *animus contrahendi* est-il autre chose que le désir de rattacher une convention privée (déjà peut-être ordre juridique en elle-même) à une norme comme celle de l'article 1134 du code civil, laquelle en fait

la « loi des parties » en droit étatique ? Or, le dessein des contractants n'est pas principalement d'appliquer ce droit (bien qu'ils le fassent) : il est de donner vigueur à leur accord. Au lieu que dans l'esprit d'un juge, la norme que celui-ci constitue est plus souvent destinée à exécuter une norme supérieure (encore qu'il arrive à ce juge, officiellement ou non, d'utiliser celle-ci pour terminer un différend, pour régler une situation, de la façon qui *lui* paraît la meilleure). De toute manière, il y a rattachement d'une norme à une norme supérieure : peu importe dans quelle intention.

Si Kelsen nous paraît ériger à tort ce rattachement en condition générale de juridicité de la norme inférieure, il nous paraît en revanche avoir excellemment montré, contre les doctrines traditionnelles de l'interprétation, que la norme inférieure n'est généralement pas désignée par la supérieure. Elle s'y rattache uniquement en ce qu'elle est *une de celles* que cette dernière peut habiliter. Dès lors, la distinction entre créer le droit et l'appliquer n'est pas fondamentale. Une grande partie de ce qu'on appelle couramment l'exécution du droit en est aussi production. On comprend que l'autorité tende parfois à minimiser ce fait. Mais si étroites que soient les limites imposées à ses agents, elle associe ces derniers à la formation du droit dès lors qu'elle leur donne un pouvoir normatif. C'est donc par erreur que les théories de l'interprétation regardent fréquemment certaines décisions, surtout celles des juges, et la norme qu'elles font naître, comme non pas créées par leur auteur, mais lues par celui-ci dans la norme supérieure. En considérant que chacune de ces décisions était, dans son individualité, celle commandée, et non seulement une de celles permises, par ladite norme supérieure, la théorie de l'interprétation juridique cherche à accrédi-ter la fiction que la préférence dont les normes d'application sont le fruit se trouvait déjà en germe dans la norme appliquée. Notons-le déjà, cela revient à présenter le comportement de l'organe d'interprétation et d'application comme relevant de la science, alors qu'il relève en partie de l'action; comme un acte de connaissance, alors qu'il contient un acte de volonté; comme une constatation, alors qu'il enveloppe une décision.

D'un point de vue étranger à la science, la fiction dont nous parlons n'est pas nécessairement blâmable. On peut y voir une sorte de pieux mensonge, destiné à produire un sentiment de sécurité. L'ordre juridique l'impose lui-même quelquefois : car il peut décider que le juge doit toujours fonder sa décision sur la loi, supposée par là commander

une seule solution dans chaque cas. Les juges, de leur côté, ont parfois tendance à entretenir l'impression qu'ils disent le droit alors même qu'ils le font. Est-ce parce qu'ils souhaitent donner un surcroît d'autorité à leurs jugements ? Ou parce qu'en motivant leurs sentences ils se prêtent, par respect pour la loi, aux fictions que celle-ci établit ? Ou bien encore est-ce, chez certains, afin d'alléger la responsabilité morale d'une décision issue pourtant, en partie, de leur volonté libre ? Dans cette dernière hypothèse, ils demeureraient donc insensibles à cette consolation que leur propose Bossuet, leur parlant il est vrai comme s'ils n'étaient pas pressés par le temps : « La dernière décision des affaires les oblige à prendre parti, et ensuite ordinairement à fâcher quelqu'un; mais il semble que la justice voulant les récompenser de cette importune nécessité où elle les engage, leur ait mis en main un plaisir qu'ils peuvent faire à tous également : qui est celui de prêter l'oreille avec patience, et de peser sérieusement toutes les raisons d'un cœur angoissé de cette peine cruelle de n'être pas entendu » (*Sermon sur la justice*).

Nous avons parlé jusqu'ici d'habilitation à faire des normes juridiques, ou à donner des obligations à autrui, ce qui revient au même. On pourrait encore, dans un sens voisin, appeler habilitation le fait pour le pouvoir d'autoriser quelqu'un à apporter une exception à une norme, voire à supprimer entièrement celle-ci, et par conséquent à délier soi-même ou autrui de quelque obligation.

Le moment est venu de cerner la notion de juriste.

On a vu que, pour appliquer le droit, une certaine activité de connaissance était nécessaire. D'autres activités y interviennent aussi, mais elles ont pour fin immédiate la décision, non la connaissance; celle-ci ne leur sert que d'instrument. Même l'organe d'exécution le plus subalterne, dès lors du moins qu'un choix lui est laissé, ne se borne pas à un comportement destiné à *savoir* ce qu'on veut qu'il fasse sous peine de sanction : il y ajoute l'acte de *prendre parti*.

La distinction de l'activité tendant à la connaissance, dite à certaines conditions activité scientifique, et de toute autre action nous paraît fondamentale pour déterminer la notion de juriste. Aussi importe-t-il particulièrement pour un étudiant en droit de s'exercer à cette distinc-

tion. Commençons par quelques exemples. Supposons que la loi, comme il est fréquent, oblige le juge saisi à trancher en droit. Il commence par se livrer à quatre opérations relevant de la connaissance. Il s'efforce 1° d'imaginer les solutions concevables; 2° de savoir quelle est la norme juridique ou la combinaison de normes juridiques appartenant à l'ordre dont il est un organe et qui lui donnent des pouvoirs ou des devoirs à propos du type de cas dont il est saisi : opération *sociologique*, dans la mesure où il s'agit de constater les faits sociaux ou des normes juridiques et leur appartenance à un même ordre juridique, et en même temps *logique* dans la mesure où il s'agit de déterminer si l'espèce dont il est saisi est de celles que ces normes visent; 3° de déterminer quels types de solution ces normes permettent, et lesquels elles excluent : opération purement *logique*; 4° de déceler pour les solutions qui demeurent ainsi permises quelles options, quelles valeurs chacun de ces règlements impliquerait, quels intérêts il favoriserait : autre opération *logique*. Le juge n'en a pas terminé. Le juriste si, pour autant qu'on voie en lui l'homme d'un certain savoir.

Après ces quatre opérations, viennent les choix que doit faire le juge : s'il va ou non juger; s'il le fera en respectant les normes ainsi qu'il a promis de le faire; et pour peu que ces normes laissent, volontairement ou non, la possibilité de concevoir plusieurs solutions, il faudra encore choisir parmi celles-ci. Ainsi, non content de dire ce qui est et de prédire ce qui sera, comme le jurisconsulte, le juge en outre décide d'intervenir dans le cours des choses et influence d'autorité les destinées.

On peut se livrer à la même analyse pour le travail législatif que pour la fonction judiciaire. Là, sans doute, le plus apparent est les décisions finales, et non comme chez le juge les opérations préalables visant à prendre connaissance des règles à appliquer et des faits. Toutefois, ces opérations sont présentes aussi dans le travail législatif. La deuxième et la troisième sont beaucoup moins manifestes dans la démarche du législateur constituant. Celui-ci semble faire œuvre principalement d'imagination et de décision. Il reste pourtant que son premier soin est de se demander ce qu'attendent de lui ceux qui l'ont porté au pouvoir ou, probablement plus encore, ceux qui pourraient le lui ôter. Ce qui correspond bien aux opérations 2 et 3.

Il faut observer en passant qu'au stade (le premier) où il *imagine* les solutions, le détenteur d'un pouvoir ne fait pas toujours œuvre entière-

ment personnelle. Reprenons l'exemple du juge. Bien loin de penser à toutes les possibilités, il songe avant tout, et parfois uniquement, à des modèles connus d'avance. Ceux-ci lui sont proposés par son expérience. Si une loi attache des conséquences à la faute sans définir celle-ci, et qu'il ne se soucie pas des règles de conduite considérées par le législateur ancien ou actuel, il recourra à ses propres convictions morales, variables d'abord parce que sa personnalité est plus ou moins forte, mais aussi d'après d'autres facteurs, et notamment suivant l'éducation qu'il a reçue. On trouve là une des raisons de ce que la nation d'un juge est souvent traitée comme une question politique. Ces modèles sur lesquels il se règle parfois peuvent s'être trouvés juridifiés déjà dans un autre ordre, par exemple dans un milieu dont cet homme fait partie. Celui-ci sert alors d'intermédiaire à la réception d'éléments d'un droit par un autre. Le caractère abstrait de la plupart des normes qui s'imposent à un tribunal laisse à celui-ci une liberté qui n'invite peut-être pas à opérer cette réception, mais y autorise dans certaines limites. Encore arrive-t-il que sans autrement réagir, l'ordre dont le juge est un organe permette de s'établir à une jurisprudence excédant ces limites. En d'autres termes, cet ordre laisse celles-ci s'écarter, et se modifier les normes qui les fixent, sinon les textes exprimant les normes. Enfin, surtout si l'on désigne des juges d'inspiration différente, une telle réception ne profite pas toujours au même ordre, car il en existe plusieurs au sein d'une population. Pour toutes ces raisons, il est simpliste d'affirmer que les tribunaux sont organes de la société elle-même, plutôt que de l'Etat. Cette formule a pourtant connu un succès. Certains la récitent comme une révélation de la sociologie du droit, et prétendent la trouver dans Ehrlich, lequel en vérité n'y mettrait pas tout ce qu'on y a déposé depuis. Il commence bien un chapitre de son célèbre ouvrage par avancer que « les tribunaux apparaissent (*entstehen*) comme organes non de l'Etat, mais de la société »; toutefois la suite montre clairement qu'il indique par là en histoire l'origine des juridictions, bien plus qu'en théoricien du droit leur mission actuelle (?). Certes, ce n'est pas nous qui allions nier que la théorie du droit ait avantage à considérer avec une attention systématique toutes les formes de pouvoir, au lieu de réserver à l'Etat le monopole de la juridicité et de concentrer ses recherches sur lui.

(?) E. EHRlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, 3^e éd. — réimpression —, Berlin, Duncker et Humblot, 1967, pp. 97 et suiv.

Elle gagne à considérer un nombre presque illimité d'ordres, leur variété d'unions personnelles, et leurs interactions dues notamment à une grande liberté d'unions personnelles. Mais quelque inconfort qu'il y ait pour l'esprit à soutenir la vision d'un fait social aussi complexe, il faut résister à la tentation de le concevoir par une sorte de fusion comme un tout unitaire, et de parler de « la société » comme d'une personne supérieure, représentation en trompe-l'œil d'une combinaison de volontés distinctes.

Revenons à la fonction de connaissance et à ses rapports avec les autres fonctions qui concourent à l'application du droit. Elle s'en distingue de façon peu apparente, aussi longtemps que chacun est comme son propre juriconsulte, et qu'il suffit à cette tâche grâce à leur stabilité des normes qui l'intéressent, à leur simplicité, ou encore à leur stabilité. Mais plus le corps social se fait nombreux, et son ordre juridique complexe et changeant, plus la connaissance des vœux et des sanctions se retire. Elle quitte d'abord les sujets les moins instruits, ensuite une partie des autorités elles-mêmes. Ni les monarques, ni les membres d'un parlement souverain ne se souviennent de toutes les normes qu'ils ont pouvoir de supprimer, de modifier, ou en n'y touchant pas de maintenir en vigueur. Cette ignorance s'explique à suffisance par la complexité, le nombre et le changement; mais elle peut avoir d'autres causes. Par exemple certaines connaissances dont la portée est juridique peuvent se trouver réservées à des oracles ou à des autorités religieuses. Nous parlons du cas où le recours de ces personnalités à des connaissances spéciales est réel (pour calculer une date importante, par exemple) et non pas feint, comme il l'était peut-être chez ces augures dont on disait à Rome qu'ils ne pouvaient se regarder sans rire.

Dès lors que tous n'assument plus suffisamment la fonction de connaissance, ceux qui en demeurent capables et sont reconnus tels font figure de spécialistes. Cette fonction en devient plus apparente. Elle l'est plus encore, quand ceux qui ont le pouvoir ne sont pas tous choisis parmi ces spécialistes, et notamment lorsque tous les juges ne le sont pas. Parmi les exemples proches de nous, celui des jurés nous paraît manifeste, encore plus que celui des juges commerçants et des « juges sociaux », supposés connaître les usages professionnels. Même, dans la France médiévale, ceux qu'on appelait les « légistes » n'étaient, avant de devenir juges à leur tour, que des auxiliaires assis

au pied des juges. Ceux-ci étaient les évêques et les seigneurs, souvent peu instruits d'un droit particulièrement complexe.

Enfin la fonction de connaissance se détache tout à fait clairement le jour où certains de ceux qui l'exercent ne la cumulent avec aucune autre. Ceux-ci ne sont que sujets : ils ne participent à aucun organe du pouvoir (ou du moins ils y participent aussi peu qu'il est possible : nous nous expliquerons plus loin sur cette réserve). Tels sont souvent les juristes d'université (abstraction faite des conseils de faculté et des jurys d'exams), les avocats (en oubliant de même quelques pouvoirs comme celui d'élire le conseil de l'ordre), etc. On peut même imaginer un exemple certes rare, mais qui présente l'avantage d'être très simple : celui d'un auteur de traités ou d'un arrêtiériste occupant dans la « doctrine » une place de choix, et vivant retiré de toute fonction officielle, de toute vie professionnelle, ne s'y intéressant plus que pour son information.

Mais si la fonction de connaissance est plus visible à mesure que certaines personnes s'y spécialisent, on se remet à la confondre avec d'autres fonctions lorsque l'habitude se prend de cumuler celles-ci avec elle. Après que des causes diverses, telle la complexité du droit, ont suscité l'apparition de jurisconsultes, un progrès ultérieur de l'évolution entraîne que certains organes du pouvoir se voient paralysés, ou réduits à un rôle de parade, s'ils ne sont pas composés au moins en partie de ces spécialistes mêmes. Assurément, ce ne sont pas toujours les juristes qui déterminent pour l'essentiel la portée des lois; mais bien peu sont rédigées sans leur concours, plus ou moins efficace et heureux. Les connaissances juridiques peuvent même devenir les plus importantes de toutes celles dont l'apprentissage est nécessaire pour régler ou pour juger : c'est alors pour les connaissances non juridiques que l'on consulte des experts. Les tâches de certains organes conduisent tels de leurs membres à devenir juristes, jusqu'au jour où inversement c'est la formation de juriste qui vaut à son possesseur d'être appelé à siéger dans ces institutions. L'évolution de la Chambre des Lords est à cet égard instructive.

On pourrait imaginer que la création d'écoles de droit soit de nature à dissiper toute confusion entre la fonction de connaissance et celles que l'on tend à lui associer. Mais il n'en va pas ainsi dès lors que ces écoles dispensent non seulement cette connaissance et les moyens de l'étendre, mais aussi un début de préparation à des activités fré-

quement confiées aux juristes et qui n'ont pas la connaissance pour fin (magistrature, barreau, rédaction de projets de loi, d'arrêtés, de contrats, etc.).

Tout cela permet de se développer au sentiment qu'un certain type d'action n'ayant pas la connaissance pour fin entre néanmoins par nécessité dans la fonction de juriste. On entend assurer que celui-ci, de sa nature, se trouve « au service du droit »; comme si l'on pouvait être au service du droit tout court, c'est-à-dire de tout droit; et comme si la connaissance d'un droit ne se concevait qu'afin de le servir, jamais d'y échapper ou de le combattre (à tort ou à raison et que ce soit en révolutionnaire ou en « réformiste »), ni de le connaître et de le faire connaître tel qu'il est, avec ce qu'il implique, mais pour le seul plaisir de savoir, sans exhortation à combattre ni à servir. On peut mettre son savoir au service d'une cause déterminée, non soutenir que la science juridique elle-même comporte cette option.

On entend souvent parler de « politique juridique ». Cette expression ne comporte pas cette confusion de l'action et de la science que nous relevons en étudiant la notion de juriste, lorsqu'elle désigne la partie de l'action politique qui engendre le droit, ou qui suppose une connaissance particulière de celui-ci. Mais ces mêmes termes prétendent quelquefois désigner aussi une action fondamentalement différente de la politique des « politiciens » et située dans un domaine, réservé aux juristes, où connaissance et action ne seraient pas dissociables. On peut même entendre une voix aussi autorisée que celle du Doyen Ripert déclarer : « Les juristes ne sont pas des intellectuels sans passions, des clercs indifférents, comme le voudrait Julien Benda. Ils sont suivant l'expression moderne " engagés ". Ils déclarent tous défendre le droit; c'est une certaine conception du droit qu'ils soutiennent »⁽³⁾.

Si mêlée pourtant qu'elle se trouve à d'autres, la fonction de connaissance en demeure différente. Elle forme comme l'axe de la notion de juriste. Celle-ci s'entend bien dans certaines terminologies comme si elle comprenait un rôle de décision; et de la connaissance du droit à d'autres activités, le passage peut paraître se produire sans aucune césure, puisque ces activités sont l'exercice de capacités attachées à

⁽³⁾ *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 114. Le contexte indique que l'auteur exprime ainsi ce qu'il juge être un caractère essentiel du juriste.

la connaissance; mais encore une fois aucun de ces comportements, qu'ils soient politiques, administratifs ou même judiciaires, n'est essentiel à la notion de juriste, hormis peut-être celui du jurisconsulte. La raison en est d'abord qu'aucun de ces comportements n'est réservé dans tout droit aux seules personnes appelées juristes; ensuite, que chacun est un exercice non nécessaire d'une capacité qui seule est la suite nécessaire de certaines connaissances. Nous n'affirmons évidemment pas qu'il faille déconseiller toute action au juriste. Nous voulons seulement réagir contre les idées technocratiques en vogue, en précisant que si l'on qualifie une action de scientifique, on veut dire deux choses différentes suivant qu'on renvoie au fait que cette action utilise des résultats de la science comme moyens, ou qu'on entend que cette action a pour fin la connaissance. Il est fréquent d'appeler scientifique un comportement, voire une politique, où la science est seulement appliquée, où elle n'est qu'instrument. Il semble parfois qu'on veuille créer par là une confusion avec l'autre sens de « scientifique » afin de revêtir cette action, ainsi que les options qu'elle met en œuvre, du prestige de la science, que celle-ci tient à la fois de ses méthodes circonspectes et de ce qu'elle obéit à un choix relativement désintéressé.

Les juristes influent évidemment sur la façon dont les gens se représentent les normes, les institutions, un ordre juridique, et même le droit en général. D'autre part, nous avons fait quelques allusions plus haut à ce que la notion de droit tend, lorsqu'elle se forme dans l'esprit des juristes qui la propageront, à ressembler à des ordres juridiques d'un genre particulier : ceux dont ils s'occupent le plus. Elle en subit si bien l'attraction, que si l'on demande des exemples d'ordres juridiques, on s'entendra fort souvent citer les Etats, le droit international, le droit canonique, et parfois le droit naturel, comme les seuls droits, ou du moins les droits par excellence. Les autres ordres sont rarement reconnus comme juridiques, et précisément il se forme peu de spécialistes de leur connaissance. On voit aussi par d'autres exemples qu'il y a une représentation du droit propre au monde des juristes. Comment pourrait-il en être autrement ? La plupart de ceux-ci ne pourraient sans inconvénient s'en tenir à aucun des deux autres types de représentation du droit auxquels nous avons fait allusion jusqu'ici, et que nous allons rappeler.

Ceux qui cherchent à voir le droit « tel qu'il est » forment des représentations d'un premier type, que l'on peut qualifier de scientifique. Le pouvoir en détermine un second en ce qu'il tend parfois à accréditer une sorte de théorie officielle de son droit, voire du droit en général. Il lui arrive en effet de vouloir répandre une certaine image de lui-même, à des fins didactiques ou à d'autres. Il n'est pas malaisé de comprendre que cette théorie est habituellement d'une inspiration jusnaturaliste.

Pour faire valoir sa représentation du droit, tantôt le pouvoir impose un élément de celle-ci par une norme portant qualification ou définition, tantôt il choisit d'exprimer ses règles d'une façon suggestive. Or, on l'a déjà dit, des définitions en vigueur peuvent être des définitions inexactes. De nombreux ordres ont proclamé des principes de liberté, d'égalité, de démocratie, d'indépendance, d'innocence présumée, etc., auxquels ils apportaient eux-mêmes tant de dérogations que les textes affirmant ces principes prétendus fondamentaux n'exprimaient en vérité guère autre chose que des exceptions. De plus, un organe qualifie parfois de façon fictive certaines choses, afin de faire croire que la norme juridique qu'il produit est habilitée par un organe supérieur. On découvre ainsi une première espèce de fictions juridiques : celles que le pouvoir veut voir respecter et impose par des normes, ou suggère dans l'expression de ces dernières.

Un organe d'application peut être tenu de respecter ces fictions. Et même alors qu'ils n'y sont pas obligés, on voit des juristes, membres ou non de cet organe, forger une théorie générale du droit qui est en partie au service d'un droit déterminé, théorie reprenant comme argent comptant les fictions de celui-ci. Le juriste ne peut évidemment méconnaître des normes sous le prétexte qu'elles imposent des fictions. Mais il peut reconnaître celles-ci sans y entrer : elles restent alors fictions non de juristes, mais de l'ordre juridique lui-même. Par contre, dès lors que le juriste ne signale pas qu'elles sont des fictions, des façons de parler qu'il est peut-être obligatoire d'adopter mais qui n'en sont pas moins des façons de parler traduisibles en expressions de normes qui ne contiennent aucune fiction, autrement dit dès lors que le juriste paraît tenir pour vrai le contenu des fictions, elles deviennent aussi des fictions de juriste. Un grand nombre de notions utilisées par les juristes participent de ce caractère et nous en avons rencontré plusieurs exemples. Supposons encore un Etat décidant d'une force ennemie, d'une province rebelle, que son organisation ne revêt aucun

caractère juridique : les juristes peuvent se borner, en gens de science, à relever qu'il y a là des ordres juridiques irrelevants pour cet Etat; mais ils peuvent aussi emboîter le pas à celui-ci jusque sur le plan de la théorie et dire à sa suite que les forces rebelles forment un simple pouvoir de fait, non un pouvoir de droit, ce qui peut être une erreur. Certains prennent si bien l'habitude d'adhérer au moins en partie à la théorie officielle du droit, et par là de reconnaître au pouvoir une autorité en matière de science, qu'ils étudient la notion même de droit comme si elle était une notion juridique. Ils ne le pourraient que s'ils réservaient strictement la qualité de notions juridiques aux notions créées par la science du droit, sans l'étendre à celles que forme l'ordre juridique.

Il existe donc une troisième représentation du droit, celle des juristes, distincte de la scientifique et de celle que le pouvoir entend répandre. Ce que nous en avons montré jusqu'ici pourrait donner à penser qu'elle est un simple mélange des deux autres. En effet, les fictions de juristes dont nous venons de parler avaient pour modèles celles du pouvoir, dont elles étaient comme la reproduction, ou bien elles étaient des représentations réalistes déformées par un respect partiel de la théorie officielle. Mais les juristes pratiquent parfois aussi des fictions de leur invention. Plus d'une vision du droit s'en trouve déviée, par rapport à la scientifique, par plusieurs « comme si », les uns posés par le droit, les autres superposés par les juristes.

Prenons garde que tout ceci n'équivaut pas à faire le procès de ces juristes. Beaucoup croient fermement à l'opportunité d'imposer certaines fictions, qu'ils jugent bienfaisantes. De là à s'efforcer d'oublier que ce sont des fictions... D'autres, sans songer du tout à servir le pouvoir, sans tomber non plus dans aucune espèce de crédulité, estiment qu'il serait trop compliqué de démêler tout cela aux yeux des particuliers qu'ils conseillent, et dont le souci est pratique, non scientifique. Sans compter que beaucoup de gens n'aiment guère qu'on les détrompe. De plus, on peut douter que le travail de beaucoup de juristes fût possible, s'ils devaient prendre le droit comme il est. Comment vérifier à tout moment dans quelle mesure et à l'égard de qui des vœux impératifs se trouvent effectivement juridifiés? Nous avons dit que l'interprète constatait et analysait avant d'imaginer et de prendre parti. Mais déjà au moment de constater, il arrive qu'il se fasse une représentation quelque peu conventionnelle du droit réel.

Il travaillera alors sur des normes en partie supposées. Quand ce ne serait qu'afin d'assurer à sa technique un minimum de rapidité, de précision et de certitude, il est bien contraint d'expédier par une sorte de raccourci la deuxième des quatre opérations relevées plus haut, la sociologique : de réputer fictivement en vigueur de façon permanente des normes qui le sont seulement par intermittence, fixe un champ d'application variable, et réelles des normes dont l'existence est incertaine, comme de réputer tout aussi fictivement la présence, dans l'ordre juridique, de plus de clarté, de cohérence, de précision, de régularité, de système, de netteté dans les contours, de fermeté dans les principes généraux, qu'il ne s'y en trouve : de s'en faire et d'en répandre une image en quelque sorte stylisée.

Peut-être y avait-il un phénomène apparenté à celui-là dans la fiction, rencontrée plus haut, suivant laquelle l'interprétation d'une norme serait un travail de compréhension plutôt que de création, ni de choix. On voit dépenser des trésors d'imagination pour trouver à un cas une solution heureuse; mais aussi pour démontrer qu'elle est commandée par la loi. Quand les juristes pourraient se borner à prouver que leur opinion est de celles que la norme permet, ils s'avancent volontiers plus loin, jusqu'à soutenir que cette opinion non seulement n'est pas contraire à la loi, mais y est la plus conforme. Cela suppose qu'elle était contenue, implicitement mais sûrement, dans le droit antérieur à leur intervention, non dans leur esprit; qu'on la doit non à leur imagination, mais à leur pénétration; non à leurs préférences, mais à leur art de lire dans le droit ce qu'un profane n'y discerne pas, et qui pourtant s'y trouve. En un mot, c'est la *fiction du droit complet*. Rien d'étonnant à ce qu'on lise, sur le traitement de la lacune en droit, de nombreux exercices logiques pleins d'intérêt. Ils présupposent au moins implicitement une conception du droit et celle-ci peut être réaliste ou conventionnelle. Leur difficulté peut devenir extrême lorsqu'on veut « combler une lacune » en raisonnant logiquement à partir d'un système dont on a une représentation réaliste sur certains points et conventionnelle sur d'autres. Par exemple, si l'interprète répute complet un ordre juridique qui ne l'est pas, il sera conduit à lui attribuer des normes qu'il ne contient pas (ne fût-ce que pour pouvoir écarter des normes gênantes); et même s'il est réaliste en ce que les normes de son invention procèdent du même « esprit » que les normes réelles, elles introduisent dans l'ordre en question un élément de cohérence qui ne s'y trouve pas.

Le mot d'*interprétation* a même suggéré à quelques esprits le parallèle du juriste et du comédien, ou du virtuose⁽⁴⁾. Gardons-nous de rien forcer, et d'être « comme ceux qui font de fausses fenêtres pour la symétrie »; mais il est vrai qu'on peut rapprocher quelque peu le prétoire de la scène, ou la faculté du conservatoire. D'abord, parce que l'interprète se demandant s'il y a, pour le texte d'une œuvre, pour telle partition, parmi plusieurs exécutions défendables, une seule fidèle, est assez comparable à l'interprète d'une loi cherchant l'application la plus vraie parmi plusieurs possibles en présence d'un même cas. En effet, si différentes que soient leurs préoccupations, ces interprètes se font une même question : les indications explicites ou implicites qu'ils reçoivent — d'un auteur, d'un compositeur ou d'un législateur — sont-elles complètes ? Il nous semble même qu'on pourrait pousser davantage le parallèle. Laissons toutefois le virtuose qui nous entraînerait un peu loin, et ne retenons désormais que le comédien. Jusqu'ici, ce parallèle ne nous a montré qu'un artiste et un juriste chargés d'interpréter un texte connu du public. Leur liberté demeure ainsi contenue dans d'étroites limites. Ils n'ont qu'à imaginer et choisir comment dire, comment appliquer. La comparaison est plus pertinente encore lorsque le comédien dit un texte qui n'est pas à la disposition du public, sauf pour celui-ci à se livrer à des recherches malaisées. Nous avons vu qu'on faisait appel à l'érudition du juge avant même de recourir à son savoir-faire d'interprète : avant d'appliquer à un cas particulier une norme générale, on le prie souvent de trouver et de dire celle-ci (principe, loi, coutume, modèle jurisprudentiel, etc.). Or cela revient à lui donner une certaine liberté de création non seulement quant à la façon d'appliquer, mais aussi quant à la détermination de ce qu'il applique, dans la mesure où l'on ignore ce qu'il est supposé respecter. Certes, cette liberté est limitée en fait aux versions qui paraissent raisonnables au public; elle l'est aussi par la possibilité qu'a ce public de recourir à d'autres juristes dans un souci de vérification. Si cette possibilité est exercée, la liberté en question n'est plus que celle de l'ensemble des juristes, et cet ensemble n'est pas actuellement organisé de façon à en user au maximum. Mais ce recours en vérification n'a pas toujours lieu. Ainsi le public demande au juriste ou à l'ensemble de juristes qu'il consulte de lui rapporter la norme

(4) V. Jerome FRANK, « Words and Music : Some Remarks on Statutory Interpretation », extrait de la *Columbia Law Review*, vol. 47, déc. 1947.

(avant même de l'interpréter) d'une manière fidèle. Il espère aussi qu'elle soit favorable à ce qu'il désire. Il accepte donc parfois que les choses soient un peu arrangées pour les besoins de la représentation, mais il n'aime guère que cela se voie.

On a pu constater combien sont diverses les raisons qui concourent à former une représentation du droit propre aux juristes. A celles que nous avons indiquées, il s'ajoute un goût presque esthétique d'exposer le droit en un langage imagé, de sorte que les fictions, loin d'obéir toujours à un souci de déguiser ou de persuader, sont parfois perçues par tous comme de pures « façons de parler » sur la portée desquelles personne ne se méprend. La langue juridique en est au moins aussi riche que la langue ordinaire. Il existe ainsi des catégories (personnes, nullités, droit privé, droit commercial, droits réels, etc.) communes formant le bagage conceptuel commun de juristes qui ont reçu un même type de formation encore qu'ils vivent en des pays différents et étudient des ordres juridiques différents. Certaines de ces façons de parler ont pour origine celles mêmes du pouvoir. Celui-ci en utilise à son tour un grand nombre. De la théorie du droit, en effet, ces particularités passent à la manière dont le pouvoir lui-même formule ses normes, dans la mesure où au cours de l'élaboration de celles-ci les juristes lui prêtent quelquefois leur plume et font à cette occasion entrer dans les textes quelque chose de leurs conceptions et en tout cas de leur langage. Cette consécration par l'autorité contribue à faire paraître encore plus juridique le parler des spécialistes du droit. Lorsqu'on dit de certaines normes qu'elles sont de la réglementation plutôt que du droit, la remarque s'explique parfois par des raisons que nous avons dites ailleurs, mais parfois aussi parce que ces normes, rédigées sans le concours de juristes contrairement à celles que l'on traite le plus fréquemment, s'expriment en une sorte de langue vulgaire.

Cependant, il vient un moment où la représentation du droit sur laquelle les juristes travaillent paraît si éloignée du droit réel qu'ils ne peuvent plus se comporter comme si elle était fidèle. Non seulement parce que le droit réel a évolué; mais le sens dans lequel l'image déforme l'original obéit à un goût changeant lui aussi (un peu comme les portraits figurant des êtres d'une même génération, même non sciemment idéalisés, même peints pour être ressemblants, finissent par ressembler, si l'on peut parler ainsi, plus à leur temps qu'à leur modèle). Les juristes alors ne peuvent maintenir leur confiance en une représentation sans apporter à celle-ci quelque retouche, correc-

tion ou restauration, pour la rendre ou la faire paraître moins conventionnelle (d'où *un des sens* de cette expression fréquente, que telle théorie ou conception ne « cadre pas avec le réel », ou « ne colle pas au réel »). Ouvrage, celui-ci, particulièrement délicat, et confié aux plus experts; il suffit pour s'en persuader de parcourir la savante doctrine qui, pour un droit déterminé, traite des sources, des concepts fondamentaux et des méthodes d'interprétation. Et il importe de savoir justifier par le seul souci de fidélité au droit réel des corrections que dicte quelquefois un souci pratique, ou même un simple changement dans les convenances. De là qu'on voit souvent, en théorie du droit, une fiction gênante ou démodée rejetée, non comme telle, mais comme fiction, alors que, dans le même moment, d'autres sont maintenues parce qu'elles demeurent supportables.

A l'occasion de ces opérations de rajeunissement, le juriste se trouve nez à nez avec le sociologue du droit. Celui-ci ne cesse de dénoncer l'écart séparant la représentation qui a cours chez les juristes et le droit réel : n'est-ce pas lui faire une concession que de mettre à jour la théorie générale d'un droit ? A vrai dire, c'est une concession limitée : les juristes entendent souvent s'en tenir à une représentation juste assez modernisée pour ramener la confiance. Celle-ci continue donc d'être refusée par les sociologues pour ce qui n'est pas là assez de réalisme encore. C'est peut-être en partie pour cette raison que l'on voit de nombreux juristes prendre des distances envers la sociologie du phénomène juridique. Ils paraissent avoir le souci de se réserver une compétence exclusive ou principale en matière de théorie du droit. Lorsque cette théorie a besoin de réforme, une telle position leur semble menacée, et la nécessité de la défendre leur en apparaît plus vivement. Ainsi s'expliquent peut-être les efforts de Kelsen afin de retenir tout ou partie du phénomène juridique dans la chasse gardée d'un prétendu *Sollen*, le sociologue et le psychologue n'ayant accès qu'au domaine du *Sein*. On en voit d'autres, comme Santi Romano, commencer par croiser dans les eaux territoriales de la sociologie en définissant le droit objectif comme un corps social, puis se ressaisir et virer de bord en soutenant que cette notion de corps social est une notion juridique (ce qui revient à prétendre définir le droit au moyen d'un concept juridique !). Ainsi cet auteur désigne-t-il une même chose tantôt du nom de corps social, tantôt du nom d'ordre juridique, suivant les circonstances; et encore plus souvent du nom polyvalent d'institution. Chez d'autres théoriciens, c'est leur jusnaturalisme (religieux,

moral, étatiste) qui, en même temps qu'il rehausse leur fonction de juristes en affirmant la qualité de son objet, contribue à soustraire cette fonction à toute concurrence en suggérant que la représentation même du droit n'est pas l'affaire des « scientifiques »; nous ne pensons pas que le jusnaturalisme naisse de ces exigences, mais il se trouve qu'il les rencontre.

Nous avons donné quelques indications sur la tendance des juristes à se former du droit une représentation propre, sur les traits caractéristiques de celle-ci et sur les divers facteurs qui poussent à la constituer. Il faut encore faire une observation relative au succès et à l'auto-rité de cette représentation.

Même réduits à leur seule fonction essentielle, la fonction de connaissance, les juristes détiennent un pouvoir. Celui d'un seul peut être nul, mais non celui de l'ensemble. S'ils sont investis de fonctions publiques, ils tirent déjà de leurs connaissances reconnues une partie de leur ascendant, et ont parfois une part plus importante que leurs collègues aux décisions dont ils peuvent les persuader qu'elles reviennent à prendre position sur une question de droit. Bien mieux, il arrive souvent qu'au lieu de chercher seuls une solution à leurs difficultés, ces officiels s'inspirent des ouvrages et des avis donnés par les jurisconsultes les plus savants, quels que soient les titres ou la profession de ceux-ci.

Ceux qui, organes du pouvoir ou simples sujets, entendent respecter le droit dans leurs actes (éventuellement créateurs de normes), plutôt que d'agir exclusivement à leur guise, ceux-là font participer les juristes à la détermination de leurs conduites (parfois donc à la formation du droit consistant en règles d'application), dès lors qu'ils se fient à ces juristes pour s'informer des règles dont ils désirent tenir compte. Tout se passe alors *comme si les règles de droit étaient ce que ces juristes disent qu'elles sont*. Il y a là un *pouvoir de modification* dont ces derniers n'usent pas nécessairement, mais qui leur est conféré dans la mesure où l'on s'en remet à eux. Ce pouvoir fait qu'un ordre juridique connaît une mutation importante, dès le moment où il y apparaît des spécialistes reconnus de la connaissance des normes. Pouvoir indirect, en grande partie même occulte, il appartient à des juristes ou à des collections de juristes agissant comme tels, indépendamment des fonctions, autres que celle de connaissance, dont certains se trouvent investis comme magistrats, fonctionnaires, etc. Il leur appartient, même

s'ils sont priés de ne pas en user. Il leur appartient même encore s'ils n'en usent pas.

La mesure d'un tel pouvoir varie d'un ordre juridique à l'autre et, au sein d'un même ordre, dans le temps. Elle varie suivant les sentiments des gouvernants à l'égard des juristes, sentiments allant jusqu'à une méfiance ouverte en cas de changement important de la politique; suivant la complexité des lois et la difficulté de les bien connaître; suivant que le législateur juge ou non ces lois surannées, et préfère ou non laisser à d'autres que lui-même le soin de corriger son œuvre. Il faut aussi noter que plus on voit les spécialistes de la connaissance du droit utiliser cette possibilité qui leur est offerte, plus ils risquent de la voir restreindre par réaction : à rendre manifeste l'écart séparant le droit réel du droit tel qu'ils le dépeignent, ils mettent en garde contre la confusion dont ils peuvent jouer. D'où, en partie, l'importance qui s'attache de leur point de vue à ce qu'ils s'efforcent de travailler *comme si* leur représentation était fidèle et l'estime où est tenu le talent de raisonner en respectant l'illusion du droit complet rencontrée plus haut. Ce qui dénonce peut-être le plus le pouvoir des juristes, ce sont les controverses dont le monde profane les sait occupés : les gens de bon sens s'étonnent d'entendre tant d'avis à la fois divers, contestés et péremptoires. Mais inquiétantes en ce qu'elles révèlent une liberté de manœuvre à ceux qui en ignoraient l'existence, ces divisions en revanche rassurent un peu les profanes informés de ce pouvoir qu'elles tempèrent.

Si le public n'aperçoit pas toujours le pouvoir de modification dans toute son étendue, et souvent même préfère l'ignorer, du moins ceux qui le possèdent s'en font-ils nécessairement une idée exacte ? Ce n'est pas évident. Les juristes forment un monde; il n'y a pas d'apparence que de tels ensembles se connaissent mieux, se fassent moins illusion sur eux-mêmes que les individus. Et à force d'être conduits à faire dire à un ordre juridique plus et mieux qu'il ne dit, il se peut qu'ils en arrivent de bonne foi à lui prêter ces propos qu'ils tiennent en son nom, et qu'en toute humilité ils finissent par admirer en ses lois et ses principes la justice, l'équité, l'ingéniosité, la subtilité ou d'autres qualités qu'ils y ont eux-mêmes mises. Toutefois, bien peu n'ont aucun sentiment de l'influence qu'ils peuvent exercer sur le droit ou par lui. Si l'on a quelque doute à ce sujet, voici une expérience qui aura tôt fait de le dissiper. On choisit au hasard un nombre suffisant de juristes; on leur propose de distinguer leur fonction scien-

tifique et leur fonction politique, et de rendre à celle-ci les décisions qu'ils rangent d'ordinaire dans l'autre sous le couvert de l'interprétation, etc.; on leur explique que de ces deux fonctions, la scientifique n'est évidemment pas la seule permise à ceux qui possèdent une formation de juriste, mais est leur seule fonction spécifique. Cet exposé étant fait, on constatera que la plupart des interlocuteurs ne sont pas convaincus. Si l'on cherche à savoir pourquoi, on découvre un fait extrêmement significatif : au cours de la discussion, une grande proportion érigea simplement en objection contre la thèse proposée l'inconvénient qu'elle a de « réduire la mission du juriste ». Non seulement cette inquiétude n'est pas fondée, comme on va le voir, mais il faut surtout remarquer qu'une telle réponse sort de la question : on était en quête de la conception la plus vraie, non de celle qui réserve le plus d'influence aux juristes. Et si l'argument est produit malgré son défaut de pertinence, c'est peut-être parce qu'il traduit une préoccupation bien portée chez les juristes : celle de l'influence qui peut leur être reconnue.

Il faut se garder cependant de ramener intégralement le souci de ce rôle à l'intérêt d'une sorte de caste pour son pouvoir. Si les juristes corrigent souvent un peu le droit, c'est parfois avec le sentiment de rendre par là un service, ne serait-ce que celui qui consiste à satisfaire le désir que beaucoup éprouvent de rêver qu'un droit complet, univoque, rationnel, juste et sûr les protège effectivement.

Que se produirait-il si les juristes distinguaient toujours rigoureusement science et action ? Si, consultés sur la teneur du droit, ils ne manquaient jamais d'en livrer les imperfections, les incohérences, les incertitudes, les lacunes ? Si, priés de trouver à ces maux un remède, ils ne vantaient jamais celui qu'ils imaginent comme le seul que le droit puisse consacrer ? Si, requis d'appliquer une règle à une espèce, ils ne présentaient pas la solution qu'ils préfèrent comme le grossissement d'un point repéré par eux sur cette règle même, comme un extrait de celle-ci mis en évidence par les particularités du cas présent ? S'ils convenaient plus volontiers qu'ils mettent du leur dans ce qu'ils avancent ? S'ils admettaient que leur fonction de connaissance se borne à indiquer toutes les solutions juridiquement permises et les conséquences de chacune, les particuliers et les organes du pouvoir renseignés par là n'ayant plus qu'à prendre leurs responsabilités en se prononçant sur l'option mise ainsi en lumière ?

Contrairement à ce qu'on pourrait penser, si cette séparation de la connaissance et des autres fonctions devenait la démarche ordinaire des juristes, leur rôle utile ne s'en trouverait pas réduit. Non contents d'indiquer les solutions entre lesquelles un choix est offert, ils pourraient contribuer à éclairer celui-ci. Ils pourraient en effet expliquer, pour chaque branche de l'option, son incidence sur les divers intérêts en cause, ses implications morales et politiques, ses conséquences économiques, ses chances de succès, enfin tout ce qui permettrait au particulier ou à l'autorité qui demande conseil de prendre parti en connaissance de cause. Cette tâche exigerait du juriste une information étendue sur les tenants et aboutissants du droit. Ladite information, loin de lui suffire, devrait surtout lui permettre d'apercevoir les problèmes et de penser à s'informer auprès de spécialistes aussi compétents que possible, économistes, criminologues, psychologues, médecins, physiciens, etc. De quelle manière un tel progrès pourrait se réaliser est un des plus beaux sujets de réflexion que la matière nous offre.

Il nous semble que s'ils se conduisaient avec la réserve que nous venons d'imaginer, les juristes seraient tenus en plus haute estime qu'à présent par les esprits scientifiques. Du moins au bout d'un temps, et non sans devoir affronter d'abord un certain mécontentement chez ceux qui les consultent, parce qu'ils laisseraient parfois à ceux-ci la sensation d'être à découvert; et tels qui, médecins, ingénieurs, physiciens, parlent volontiers avec condescendance de la discipline du droit, perdant alors en même temps un léger sentiment de protection qu'elle leur donne, et l'occasion de la railler comme peu scientifique, jugeraient peut-être qu'elle le devient trop pour leur confort. Ce grief serait plutôt bon signe. Certains reproches révèlent plus de qualité chez ceux qui les reçoivent que chez ceux qui les leur font. L'humeur des gens est telle qu'on ne peut éviter tout reproche, mais on peut au moins s'efforcer de ne mériter que ceux-là.

On ne peut passer sous silence que, si les juristes ajustaient leur position de la façon qui vient d'être dite, tout danger de technocratie ne s'en trouverait pas écarté, dans la mesure où d'autres spécialistes voudraient prendre la place. Les politologues, les économistes et les sociologues ne sont pas tous exempts d'une prétention à proposer une « législation scientifique ». Propos excellent s'il signifie seulement que le législateur ferait bien de s'éclairer davantage à l'aide de celles des sciences qui peuvent l'informer, on ne le dit pas assez; mais qui reviendrait à une manière d'usurpation par l'intellect s'il tendait en outre

à conférer à certains hommes reconnus de science, nouveaux oracles, une compétence toute privilégiée quant à la partie des options qui n'est pas affaire de connaissance. *Quand accueillera-t-on avec assez de prudence les idées, les théories, les analyses telles qu'à voir la réalité comme elles la colorent, on serait conduit à confier les premiers rôles à leurs auteurs ?*

Voici un exemple flagrant (il en est de pires, parce que plus insidieux) de « normativisation » au nom de la science sociologique, c'est-à-dire de jugement de valeur prétendument fondé sur cette science. Nous prenons cet exemple à dessein chez un auteur renommé, et réellement respectable par ses travaux. L'officier catholique requis de procéder aux inventaires prescrits en vertu de la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat, le soldat objecteur de conscience dont la législation sur les obligations militaires méconnaît l'objection, et tant d'autres connaissent, dit cet auteur, un conflit entre droit et morale. Et d'ajouter : « La règle juridique devra-t-elle céder devant la règle morale, ou doit-on préconiser la solution contraire ? Pour le sociologue, la réponse ne fait pas de doute : c'est la règle de droit qui doit être obéie, car elle représente, tant qu'elle est en vigueur, la volonté du corps social, tandis que l'autre exprime une opinion personnelle ou, tout au plus, répandue dans une fraction minoritaire de la société, et doit, en conséquence, être subordonnée à la première — jusqu'à ce qu'elle ait recueilli l'adhésion du groupe. Il est certes permis de critiquer la loi, de mener campagne contre elle et de travailler à son abolition. Mais tant que celle-ci n'est pas réalisée, il est nécessaire de lui obéir ». La suite oblige encore davantage à se demander si l'on fait nécessairement une bonne science avec de bons sentiments : « Il convient seulement d'apporter ici deux réserves. Il y a des cas où le système législatif tout entier est illégitime parce qu'il est l'œuvre d'un pouvoir usurpé, imposé par la force, non reconnu par l'ensemble de la nation. Nous avons connu cette épreuve. Il est évident que, dans cette hypothèse, le devoir d'obéissance peut et doit subir de sérieuses atteintes. Dans le même ordre d'idées, quand un pouvoir, même légitime, abuse de sa force coercitive pour se maintenir, ses ordres n'expriment plus la volonté du corps social, et la désobéissance n'est plus seulement un droit mais un devoir, comme l'a proclamé la Constitution française de 1793 » etc. (6).

(6) H. LEVY-BRUHL, *Sociologie du droit*, Que sais-je ?, Paris, P.U.F., 3^e éd., 1967, p. 38.

CHAPITRE XXII

Le jusnaturalisme et le positivisme considérés sous l'angle de leur utilité - Rencontre de ces conceptions avec les sentiments que le pouvoir inspire - Parmi les causes de tels sentiments, certains moyens dont l'autorité use pour se faire respecter

Examen d'une dernière opinion : qu'il pourrait être dangereux de mettre en lumière les ressorts du pouvoir et du droit, ainsi que les moyens dont ceux-ci disposent pour se maintenir sans respecter intégralement la justice

Des conceptions rencontrées à chaque pas, nous n'avons en principe voulu peser que si elles étaient vraies ou fausses. Il est fréquent de les entendre juger à d'autres points de vue. Il arrive en outre que l'on confonde ceux-ci avec celui de la vérité. Après avoir montré quelques exemples, nous nous interrogerons de nouveau au sujet de la pertinence de certaines appréciations sur le plan scientifique. Nous nous interrogerons ensuite sur quelques-uns des mobiles qui poussent à les faire.

On reproche régulièrement au positivisme de légitimer tout pouvoir de fait, de justifier les plus grands crimes pourvu qu'ils soient commis par le plus fort. En ce sens, le positivisme passe pour un conformisme. De ce qu'il constate souvent le règne de la force, on conclut qu'il s'en réjouit. Il n'y aurait rien qu'il ne s'abaissât à justifier au nom du droit. Des positivistes allemands ont été tenus pour moralement coresponsables de crimes nazis, quand il était seulement vrai qu'on pouvait soutenir sur la foi de leurs théories le caractère juridique des règles qui ordonnaient ou permettaient d'ordonner les traitements et les procédés cruels que l'on sait. On en a vu qui, vers la fin de la deuxième guerre mondiale, abandonnèrent leur positivisme pour

embrasser des formes nouvelles de jusnaturalisme. Apparemment qu'ils avaient été gagnés par un sentiment de culpabilité issu de la réprobation presque générale que finit par s'attirer le national-socialisme à force d'atrocités et de revers. On oubliait qu'un positiviste, en reconnaissant le caractère juridique de lois iniques, parle en juriste, sans préconiser en citoyen leur respect. Ses accusateurs, définissant le droit par référence à leurs valeurs, ne parviennent pas à comprendre que lui le conçoit indépendamment des siennes; que le mot droit n'ayant pas la même portée dans sa bouche que dans la leur, la constatation de la juridicité d'un précepte n'équivaut pas chez lui comme chez eux à la recommandation d'y obéir.

Certes, attendu ce que le juriste sait des idées reçues, il peut parfois prévoir que s'il parle du droit en positiviste, ses propos seront méinterprétés. Quantité de gens qui étaient positivistes ont qualifié certains commandements de juridiques sans prendre soin de dissiper un malentendu qu'ils savaient se former, et en cela se sont associés à des persécutions terribles (on qualifie volontiers celles-ci d'inhumaines, comme pour conjurer la pensée qu'elles en disent peut-être long sur la nature humaine). Plus d'un juriste allemand ou autrichien, notamment, participa même activement à ces persécutions, et s'excusa ensuite sur son zèle pour le service du droit. Ces personnes crurent ainsi pouvoir établir un lien entre leur positivisme juridique et leur collaboration avec un régime. Mais ce n'est pas en tant que positivistes qu'elles ont eu cette attitude; celle-ci ne peut être portée au passif du positivisme par la seule raison que ceux qui l'ont adoptée étaient positivistes. L'argument *ad hominem* est sans pertinence pour réfuter une doctrine.

Voilà pour le reproche de conformisme adressé aux positivistes, à tort puisqu'il n'est mérité que par certains d'entre eux (peut-être la plupart). Ce même grief est adressé quelquefois au jusnaturalisme, et ici encore, on confond la thèse avec certaines utilisations qui en sont faites. Assez d'auteurs ont tenté de justifier l'ordre établi en prétendant reconnaître une valeur absolue, et essentielle selon eux à tout droit, dans les tendances profondes d'un ordre en vigueur dans la société où ils vivaient. Le jusnaturalisme peut procéder d'un conformisme dans les cas où il juge ainsi que les valeurs essentielles selon lui au phénomène juridique sont celles que se trouvent consacrer les règles posées. Il est plus conformiste encore, et avec plus d'ingéniosité courtisane, mariant alors admirablement la rigueur et la souplesse, lorsqu'il définit

le droit d'après des principes moraux ou religieux exigeants et dès lors difficiles à respecter pour le pouvoir, mais en ajoutant que le seul juge de la conformité de la loi positive à ces principes supérieurs se trouve être ... le législateur.

Cependant, les valeurs dont le jusnaturalisme se réclame ne sont pas toujours celles que le pouvoir respecte ou prétend respecter. Il est des jusnaturalismes contestataires. On a parfois utilisé contre le régime l'idée de droit naturel, notamment en Amérique et en France à la fin du XVIII^e siècle; c'est la même idée que l'on oppose encore de nos jours à certaines dictatures, en parlant de Droits de l'Homme, du « règne du droit » ou de l'« Etat de droit » (*Rechtsstaat*).

D'ailleurs, dès lors qu'ils en viennent aux procès d'intention politiques, ce n'est pas toujours de conformisme que jusnaturalistes et positivistes s'accusent mutuellement: c'est parfois aussi, quoique plus rarement, d'armer la sédition. Supposons un juriste attaché à des valeurs X, face à un pouvoir dont les options changent, passant de X à Y. S'il s'agit d'un juriste positiviste, un tel changement va-t-il modifier son attitude envers le pouvoir? Celle du citoyen, sans doute. Celle du juriste, non. En effet, s'il reconnaît la juridicité des normes X en vigueur, c'est indépendamment du fait qu'elles lui plaisent, comme il admettra ensuite la juridicité des normes nouvelles Y sans tenir compte de la circonstance qu'elles ne sont pas à son gré. Si cet homme était jusnaturaliste, on verrait varier son attitude non seulement de citoyen mais aussi de juriste, puisque son jugement de juridicité serait fonction de ses jugements de valeur.

Plus les conditions auxquelles un jusnaturalisme reconnaît l'existence d'un droit se font strictes, plus ce courant de pensée peut paraître révolutionnaire et peut croire moraliser par ses exigences l'action du pouvoir. Mais grâce à la confusion qui règne dans beaucoup d'esprits, l'autorité morale conférée par là à la notion de droit profite aux décrets auxquels le pouvoir donne le nom de droit jusqu'au jour où la méprise devient manifeste. De prime abord, au contraire, le positivisme paraît antirévolutionnaire en ce qu'il reconnaît le cas échéant la juridicité de règles révoltantes; mais il peut aussi devenir un ferment de contestation et de doute car dans la mesure où il manifeste clairement qu'il prive le droit de tout préjugé favorable sur le plan moral, il aggrave la nécessité de se justifier aux yeux de ses sujets qui pèse toujours jusqu'à un certain point sur le pouvoir.

Si nous venons de parcourir les principaux griefs d'ordre politique ou moral adressés au positivisme et au jusnaturalisme, c'est parce qu'il se pourrait qu'il y eût à apprendre dans l'étude même de l'erreur. Car non seulement ces accusations ne sont presque jamais fondées, mais elles ne sont pas vraiment pertinentes. Même si une opinion profite réellement à une politique déterminée, elle s'en trouve peut-être plus ou moins attrayante, mais non plus vraie ni plus fausse. On entend trop souvent alléguer tel mauvais usage fait d'une théorie, comme si cet usage permettait de la réfuter. Lorsqu'une action déplaît, et qu'elle est une des utilisations possibles d'une idée ou d'un savoir, c'est l'idée elle-même et c'est la science qui est coupable aux yeux d'un grand nombre. De là à passer pour fausse, il n'y a qu'un pas. La même idée paraîtrait plus vraie si elle avait entraîné des conséquences moins gênantes. L'erreur n'est pas d'examiner les conséquences politiques d'une théorie du droit. Elle est de tirer argument de ces conséquences au beau milieu d'un débat sur les mérites scientifiques de cette théorie. Beaucoup commettent cette erreur, sans doute parce qu'ils supposent que leur interlocuteur soutient sa thèse avec une arrière-pensée où le souci de vérité n'a aucune part. Ils le supposent sans difficulté; c'est même le contraire qui leur paraîtrait surprenant, puisque eux-mêmes, souvent, pratiquent en matière d'opinions un opportunisme systématique. Quelques auteurs, et non des moindres, vont jusqu'à confesser en toute candeur cet opportunisme scientifique lorsque, pour réfuter l'opinion de leurs adversaires, ils la déclarent « nocive », et prennent soin en démontrant leurs opinions de prouver qu'elles peuvent servir une bonne cause. Le souci du vrai n'est pas plus intact dans les cas fréquents où l'on parle d'un jusnaturalisme « dépassé », d'un positivisme « plat », « stérile », « sec », « froid ». A moins que ceux qui parlent ainsi ne croient que la vérité est affaire de température, d'humidité, etc.

Une plaie des sciences humaines est la soumission du vrai à l'utile et à l'agréable. C'est que l'objet de ces sciences, parce qu'il nous touche, trouble l'esprit autant qu'il l'intéresse. Le plus remarquable est peut-être encore qu'au lieu de délaisser entièrement la vérité, on préfère en conserver la préoccupation mais en en faisant entrer d'autres en concours avec elle. Et si le souci de vérité inspire rarement seul la position d'un individu envers une opinion, que dire de l'attitude d'une société: d'une nation, d'une région, d'une classe, d'un milieu? La science est trop consacrée pour que beaucoup de gens avouent n'y

voir souvent que recherche vaine et raffinement inutile. Mais ils honorent sous ce nom respecté, au lieu de ce qu'il désigne, d'autres choses qui leur importent en réalité davantage.

On nous objectera la naïveté de s'interroger sur la vérité des opinions. On allèguera que celles-ci ne peuvent être qu'impressions subjectives, influencées par des préférences et des aversions plus ou moins conscientes. On soutiendra que non seulement chez l'homme d'action mais aussi de la part du théoricien, des partis se prennent, fondés sur des considérations d'opportunité, les arguments logiques ou scientifiques restant souvent, en fait, de simples moyens de combat. On affirmera qu'en certaines matières, les théories ne sont que machines de guerre plus ou moins perfectionnées. Un savant, dira-t-on, peut bien être aveugle au point d'ignorer ses mobiles véritables, mais non assez heureux pour y échapper. On arguera peut-être enfin de ce que nous-même, nous avons parlé plus haut de certaines opinions d'un point de vue étranger à celui de la vérité, par exemple en cherchant quel intérêt pouvait les inspirer, comme dans cette phrase: « Quand accueillera-t-on avec assez de prudence les idées, les théories, les analyses telles qu'à voir la réalité comme elles la colorent, on serait conduit à confier les premiers rôles à leurs auteurs? »

Certes, il est intéressant pour qui étudie une thèse de s'interroger en psychologue et presque en tacticien sur ses dessous, sur les mobiles qui y ont conduit. Bien mieux, non seulement il peut être intéressant, du point de vue psychologique, d'étudier une théorie scientifique ou philosophique sans égard à sa vérité ou à sa fausseté, comme un simple comportement capable de révéler les préoccupations de son auteur, mais cette étude peut mettre sur le chemin d'indications touchant cette vérité même. La vérité ressemble à ces objets égarés qu'on renonce à chercher: c'est souvent en cherchant autre chose qu'on la trouve.

Nous ne songeons pas à prétendre qu'une opinion ou une doctrine naisse du seul désir de savoir (d'ailleurs comment l'affirmer, quand d'autres aspirations peuvent être inconscientes?). Mais si nos pensées ne sont pas indépendantes de nos sentiments et de nos désirs, leur vérité l'est.

Nous nous sommes expliqué à plusieurs reprises sur la connexion existant entre le droit et le pouvoir (v. not. chap. XVI). D'autre part, nous venons d'indiquer combien la théorie du droit avait de peine à obtenir que ses conceptions soient appréciées d'un point de vue purement scientifique, et quelle étrange part les jugements de valeur prenaient presque inmanquablement dans les réactions qu'elle suscite. Il n'en faut pas plus pour soupçonner que le pouvoir inspire des sentiments dont l'esprit se rend malaisément indépendant lorsqu'il contemple le phénomène juridique.

Ces sentiments, quels peuvent-ils être ?

Quand se multiplient ceux qui déclarent, comme l'ont fait notamment les marxistes, l'autorité de l'Etat foncièrement oppressive, quand plus tard de nombreux catholiques s'en prennent à la hiérarchie, quand enfin une contestation plus ou moins systématique agite les universités, l'autorité paraît à beaucoup de gens avoir perdu tout ascendant et ne plus rencontrer que des dispositions hostiles. Cependant, combien de mouvements réunissent longtemps ces deux caractères, de connaître un grand succès et d'être opposés à toute autorité ?

Il est divinatoire de prédire en général si l'esprit d'obéissance et de docilité gagnera du terrain ou si ce sera l'esprit de révolte ou même, plus simplement, d'examen. On ne pourrait sans trop présumer déterminer aujourd'hui si les attitudes revendicatives qui semblent se multiplier auront pour victimes le pouvoir sous toutes ses formes, ou seulement certaines manifestations (familiale, patronale, etc.) de pouvoir. Celui-ci paraît rencontrer un nombre croissant de difficultés; en revanche, il n'a jamais disposé de tant de moyens. Du reste, on ne voit pas qu'il soit moins recherché qu'autrefois, et ceci pourrait signifier qu'il n'a pas perdu de sa consistance aux yeux de tout le monde. Bref, à regarder les choses dans leur état passé ou présent, on est frappé sans doute par l'ampleur des oppositions que le pouvoir rencontre, mais son empire reste grand à tel point qu'on ne peut croire qu'il repose tout entier directement sur la seule menace.

Certaines causes de son ascendant sont bien connues; d'autres moins, et parmi celles-ci un sentiment qui s'exprime souvent avec une sorte de discrétion nous paraît singulièrement digne d'examen: c'est le respect de la force dominante. Nous parlons ici d'un respect véritable, non de celui que l'on feint par intérêt ou par prudence, et dont les autorités reçoivent tant de marques. Nous ne pensons pas davantage

à cette admiration que l'on voue à un pouvoir déterminé parce qu'on lui reconnaît des qualités particulières. C'est bien une disposition en faveur du pouvoir en tant que tel que l'on peut en outre observer chez beaucoup de gens. Disposition sincère: quand ils cesseraient d'avoir besoin de lui pour leurs intérêts, ils ne se refroidiraient pas aussitôt; les méfaits même ne rebutent pas cette sorte d'amour, ou il en faut beaucoup.

On objectera qu'un tel respect peut être une simple dégénérescence de l'ostentation que l'on prend l'habitude d'en faire, une intériorisation des signes extérieurs de respect que souvent l'autorité se contente en fait d'exiger. C'est qu'on a intérêt à flatter le pouvoir dans les nombreux cas où l'on a quelque chose à espérer ou à craindre de lui; et à force de parler à ceux dont ils dépendent comme s'ils les révèrent, beaucoup finissent par trouver plus simple de mettre leurs convictions en concordance avec leurs propos. Mais quelle que soit l'origine d'un sentiment, celui-ci une fois formé devient une réalité nouvelle et distincte. D'ailleurs, celui dont nous parlons ne va pas seulement au pouvoir représenté par quelques personnages placés sur le devant de la scène, rois, généraux, ministres, assemblées, conseils. Au-delà de ce qu'inspirent l'intérêt et le calcul, ou l'admiration de qualités accidentelles, le respect du pouvoir est souvent pour quelque chose dans une série de phénomènes où il semble à première vue qu'il n'ait aucune part: l'attrait de personnes influentes ou riches, des idées reçues, des mouvements ou des groupes à la mode, certains égards pour le sens commun, l'opinion publique, ou le sentiment dominant, et le goût de snobs pour des façons qui valent en réalité comme conditions d'intégration à un milieu en vue.

L'attrait que le plus fort exerce, la considération que reçoit le plus heureux, ne s'expliquent pas toujours uniquement par la force ou le succès; mais il est toujours intéressant de vérifier dans quelle mesure ceux-ci facilitent la reconnaissance d'autres qualités ou même portent à les exagérer. Témoins ces bonnes gens qui n'en ont que pour les grands de ce monde, font passer pour des grâces les qualités de ceux-ci les plus communes; et pour des qualités de simples absences de défauts. A les entendre, Austerlitz (plus d'ailleurs que Waterloo) est simplement l'œuvre de Napoléon (ne dit-on pas cela même du code qui porte son nom ?); on doit l'éclat des arts à Florence au mécénat éclairé de Cosme l'Ancien et de Laurent le Magnifique; le redressement et la prospérité d'un pays ont nécessairement pour cause principale l'action bienfai-

sante de son gouvernement (même dans l'Allemagne libérale d'après la deuxième guerre mondiale). Les mentalités sont intoxiquées au point qu'on ne réussirait guère qu'à passer pour un mauvais esprit en expliquant que ces opinions ne sont pas si démontrées, que sans doute ces gouvernants ont fait de leur mieux et beaucoup, mais que ce n'est pas une raison pour surévaluer systématiquement leur rôle. Cependant cette surévaluation produit une illusion rassurante, et quantité de personnes n'entendent que ce qui les rassure. Du reste, ne sont-elles pas élevées dans le respect du chef ? Et par des moyens plus insidieux encore que certains manuels scolaires. Promenons-nous dans une ville, lisons les noms de ses rues, de ses places, de ses ponts, observons les statues, les monuments, les inscriptions : la mémoire des gouvernants y est en bénédiction (il y a bien quelques places de la Révolution, mais il s'agit de révolutions qui ont permis le régime en vigueur). Nous sommes enclins à nous féliciter de ces déploiements de gratitude. Nous ne nous étonnons pas que ces manifestations publiques soient si souvent réservées aux sentiments favorables aux gouvernants, sans qu'on songe, symétriquement, à nous rappeler de façon aussi solennelle, par quelque chose comme une statue en creux, les fautes graves commises par certains d'entre eux ; c'est beaucoup si l'on débaptise un quai, si l'on déboulonne une effigie, et on ne l'a pas plus tôt fait qu'il se trouve des gens pour parler de réhabilitation.

Ainsi d'aucuns respectent le pouvoir, non parce que lui-même respecte les valeurs, mais parce qu'il est valeur. Certains diront plutôt : signe de valeur, car la force n'est pas vénérable comme telle, elle n'est que l'instrument par lequel le rationnel s'incarne dans le réel. Valeur ou signe de valeur, la distinction est sans importance ici : quelle que soit la qualité pour laquelle on révère le pouvoir, c'est bien à lui et non à elle que va en dernière analyse l'adhésion, si celui qui la donne vérifie seulement la réalité de ce pouvoir.

D'où vient ce respect de la force dominante ? Un tel sentiment pourrait être inné. Mais on est porté à supposer, sous réserve de vérification, qu'il résulte en grande partie d'un conditionnement. Dans cette hypothèse, il faudrait savoir par qui ce conditionnement serait exercé et d'abord chercher à qui il profiterait. Comment ne pas songer à ce même pouvoir ? Or ceci demande un détour.

L'autorité, lorsqu'elle cherche à alléger le poids de sa contrainte tout en se faisant obéir, peut tenter de faire admettre qu'elle est en tout cas un mal nécessaire. Mal, en ce qu'elle est sujette à l'erreur, et parfois pénible à supporter. Nécessaire, en ce qu'on ne peut réaliser bien des choses dans une société que moyennant une coordination des conduites. Et en ceci encore, si l'en en croit Durkheim, que l'équilibre du bonheur individuel n'est stable que s'il est défini : les moyens de l'être humain étant limités, mais ses désirs pratiquement illimités, ceux-ci ne peuvent faire qu'une source de tourment si rien ne vient les contenir du dehors ; d'où si une autorité entourée d'un minimum de respect et dès lors capable de faire accepter certaines limites fait défaut, chacun demeure insatisfait de sa condition, quelle qu'elle soit, et cet état d'anomie entraîne un désarroi profond ⁽¹⁾.

Il se trouve que le pouvoir préfère souvent recourir à d'autres arguments lorsqu'il cherche à faire accepter son autorité. Ceux que nous venons d'exposer manqueraient-ils de fondement ? Il ne nous appartient pas d'en décider. Mais nous allons voir que, même fondés, on peut expliquer qu'ils ne suffisent pas, et cela par trois raisons. La première est que l'avantage d'obéir, fût-il réel, ne s'en trouve pas nécessairement mieux compris. Lorsqu'il est question de persuader quelqu'un d'agir, un enfant par exemple, il n'est vraiment pas certain que l'argument le plus efficace soit toujours le plus conforme à son intérêt. Supposons fondée la conception que le pouvoir se fait du bien de ses sujets ; il ne la leur fera pas nécessairement partager. En second lieu, leur désaccord peut résulter non plus de l'incompréhension proprement dite, mais du caractère souvent subjectif de ces sortes d'appréciations, qui fait qu'un pouvoir voulant sincèrement l'intérêt de ses sujets peut ne pas le concevoir comme eux, sans qu'on puisse déterminer certainement qui a raison. Troisièmement, il arrive à des autorités de ne pas même vouloir agir en faveur de ce qu'elles croient être l'intérêt de leurs sujets. Comment le détenteur d'un pouvoir justifierait-il ses décisions par le bénéfice réel qu'en pourraient tirer ceux qu'elles lient, dans les cas où l'avantage recherché par sa politique n'est pas là ? Or, ces cas existent : on peut certes gagner et conserver le pouvoir en désirant faire le bien de ceux qui y sont soumis ; mais

(1) V. *Le suicide*, 2^e éd., P.U.F., 1967, spéc. pp. 272 et suiv., où la thèse est exposée de façon assez convaincante, encore qu'elle ne se vérifie sans doute pas également pour tous les êtres.

on peut aussi poursuivre par là un autre bien, dont les sujets soient l'instrument et non la fin. Cet autre bien est souvent la richesse, la conservation d'une situation privilégiée ou le plaisir du jeu. Il peut être ailleurs encore. On peut sacrifier autrui, en toute austérité, à un idéal que l'on estime supérieur aussi à soi-même, telle une certaine conception de la civilisation. Enfin, parmi les mobiles, autres que l'intérêt des gouvernés, qui poussent au gouvernement, le principal est peut-être le goût du pouvoir même. Les moralistes ont beau prêcher que ce qui importe le plus est la maîtrise de soi, il semble qu'influer sur les destinées d'autrui demeure un plaisir plus recherché. En politique, dès lors, les buts assignés aux entreprises ne sont souvent que prétextes à entreprendre, peut-être plus qu'ailleurs encore. C'est au point qu'un observateur trop rapide imaginerait qu'en ce domaine, ce sont les moyens qui justifient la fin; tant il est vrai parfois que les programmes qu'on brigue un pouvoir de décision pour réaliser sont en réalité définis afin d'obtenir ce pouvoir, ou modifiés de façon à le garder. Il faut que cette passion du pouvoir soit exigeante pour qu'on lui sacrifie tant, car elle ne procure guère de satisfactions qui ne soient mêlées d'ennui ou d'inquiétude. Notamment parce que, comme il est peu de vrais bonheurs sans témoins, beaucoup de ceux qui font consister le leur à diriger ne jouissent pleinement de leur influence que s'ils la montrent, au risque de l'affaiblir. Les signes extérieurs du pouvoir, les honneurs dont les maîtres s'entourent ne servent pas seulement à produire de l'impression sur les sujets : ils permettent aussi de mieux goûter l'agrément de primer, de même que chez certaines personnes l'étalage de science ou de richesse fait à peu près tout le plaisir de savoir ou de posséder; et l'on peut douter si tant d'hommes d'Etat publieraient leurs mémoires et leurs souvenirs, sans le besoin de parfaire le sens de leur action et de donner à telles de leurs manœuvres un surcroît de valeur, par une ostentation d'importance qu'un souci d'efficacité leur a fait différer.

L'indifférence de telle autorité envers le bien de ses subordonnés et la résistance à laquelle telle autre, soucieuse du bien des siens, se heurte de leur part, ont en commun de produire le résultat suivant : ces autorités sont seules sensibles à certaines des raisons pour lesquelles elles jugent favorablement leurs propres commandements. Il faut donc qu'elles allèguent d'autres raisons pour les faire trouver bons. De là, plus d'une « invention de politique ... pour faire peur aux esprits ordinaires, et retenir les peuples dans la soumission »

(expression applicable à quantité de procédés de propagande, beaucoup plus justement qu'à la religion qu'elle aurait servi à son auteur, le futur cardinal Dubois, à dépendre pour son illustre élève, bien avant l'« opium du peuple »).

Les artifices que le pouvoir utilise au besoin pour compenser les justifications dont il ne peut faire état appartiennent à des types divers, indépendamment de leur caractère louable ou blâmable. Les uns consistent à dissimuler la volonté d'où les prescriptions émanent; par d'autres procédés au contraire, cette volonté, loin de se masquer, s'affirme et se fait valoir comme telle.

Dans la première de ces deux catégories de méthodes, il s'agit de travestir quelque peu l'autorité pour en prévenir ou en détourner la contestation. L'impératif est alors présenté comme détaché de cette autorité, de qui seule il émane pourtant, et comme issu d'une autre source. Cette source prétendue peut d'abord être une autre volonté que celle de l'auteur véritable : la volonté d'une autorité supérieure, dont on voudrait se couvrir, qu'elle soit ou non divine. Il est rare qu'on puisse imputer à la « volonté du peuple », à la « majorité silencieuse », à la « nation tout entière » et à tant d'autres « communautés » tous les désirs exprimés par ceux qui parlent en leur nom. Cette source différente peut être ensuite la nature des choses, le lien de l'impératif à une volonté quelconque se trouvant ainsi effacé (v. chap. VI). Ou bien encore, toujours afin d'escamoter ce lien, l'impératif est non plus même transplanté, mais doté d'une existence indépendante; et l'on dit « il faut que », sans préciser pour qui, comme s'« il » pouvait « falloir » sans que *quelqu'un veuille*, falloir impersonnellement et absolument (nous ne parlons pas ici d'« il faut » désignant l'inévitable : il faut que telle condition soit remplie pour que tel fait se produise, etc.). Même, le mode impératif ou subjonctif peut être évité comme rappelant encore trop l'existence d'une volonté, et remplacé, par exemple, par un indicatif, ce qu'on exprime paraissant dès lors constaté ou prévu plutôt que voulu; et de dire : « vous irez voir Un Tel, vous lui ferez savoir... » ou : « tout condamné à mort aura la tête tranchée », comme si l'on prédisait un avenir certain alors qu'on ne fait que donner des ordres qui ne seront pas nécessairement exécutés. Ce tour, il est vrai, loin de servir exclusivement à persuader d'obéir, peut trahir aussi que l'auteur d'un ordre prend lui-même ses désirs pour des réalités. Encore le français ne va-t-il pas comme cer-

taines autres langues jusqu'à exprimer régulièrement un vœu en parlant comme si celui-ci était déjà accompli.

Parmi ces artifices dont on use pour dissimuler aux êtres qu'on les fait agir à sa guise, un des plus intéressants consiste à détacher l'impératif de la volonté de son auteur pour le faire paraître dérivé des choses elles-mêmes. Les fonctions publiques sont essentiellement temporaires, assure une Déclaration des Droits de l'Homme; et quand on dit qu'une chose ne se fait pas, à qui la fait pourtant, ou que tel vin se boit à telle température, on ne désigne pas seulement une abstention habituelle ou la condition dont un certain résultat dépend; de même, lorsqu'on assure que tel mot ou tel tour « est » ou « n'est pas français », on exprime souvent une conception normative et non descriptive de la langue française. Le succès de tels procédés suppose chez ceux à qui ils s'adressent une capacité de se représenter sous l'aspect de qualités revêtues par les choses dont elles règlent l'usage les injonctions qu'ils ont reçues. Peut-être que, depuis l'enfance, ce qui rappelle le plus certains interdits à leur destinataire est non pas la vue ou la pensée de leur auteur, mais la rencontre de l'objet au libre emploi duquel ils se trouvent mettre obstacle (lieu défendu, mot à ne pas prononcer). En associant par là ces interdits à des choses et à des mots plutôt qu'à des autorités, l'esprit ne se prépare-t-il pas à concevoir quantité de normes comme inhérentes à leur objet, sous l'espèce d'une finalité incorporée à celui-ci et faisant partie de sa *nature*, au lieu d'être simplement projetée sur lui par une volonté extérieure? Quoi qu'il en soit de son origine et de son mécanisme, une disposition à concevoir les commandements comme des aspects des choses qu'ils concernent existe en quantité d'esprits et elle permet à l'autorité d'agir sur ceux-ci par objets interposés.

C'est aussi une économie d'énergie qui résulte des procédés appartenant à la deuxième des catégories que nous avons distinguées : ceux qui, valorisant l'autorité comme telle, lui permettent de paraître se justifier par cela seul qu'elle s'affirme. Encore une fois, nous ne pensons pas à l'autorité politique seulement. Peut-être même faut-il considérer avant tout celle qui fait l'éducation des enfants, soit dans la famille, soit dans quelque autre institution. Car ce pouvoir presque absolu, dont il est tant et de si incroyables abus mais dont on voit mal comment on pourrait impunément se passer, paraît le pouvoir par excellence; et il est douteux qu'on puisse comprendre les mécanismes du pouvoir politique sans avoir d'abord démonté celui-là, quel-

ques différences qu'on découvre d'ailleurs entre eux. L'autorité sur les enfants est d'autant plus intéressante à observer du point de vue des procédés dont nous parlons, qu'elle y fait particulièrement appel. Elle est moins secondée que beaucoup d'autres autorités par la raison des êtres auxquels elle s'adresse : elle dit souvent vrai lorsqu'elle dit qu'elle agit dans leur intérêt, plus souvent d'ailleurs que la plupart des autorités, mais ils ne sont guère disposés à en tenir compte. Quant aux moyens de sanction, ils ne manquent pas mais tout se passe comme s'ils manquaient au contraire souvent. Car aux mains d'un pouvoir qui aime ses sujets, la capacité de terroriser n'est évidemment pas une arme aussi utile qu'elle pourrait l'être en d'autres. De là un recours fréquent à des procédés qui ne comportent ni la contrainte pure et simple, ni l'argumentation rationnelle. Nous rejoignons ainsi l'hypothèse émise plus haut : ce sentiment qui entre dans la composition d'un grand nombre d'autres sentiments, le respect de la force dominante, pourrait n'être pas intégralement spontané, et venir en partie d'un conditionnement exercé, précisément, par un pouvoir.

Poussé à l'extrême, le conditionnement auquel nous pensons consiste à inculquer une attitude révérentielle aux êtres soumis à l'autorité (familiale ou non), un respect en principe absolu et inconditionnel pour ses détenteurs, respect *sans examen*. On y parvient non seulement en faisant appel aux sentiments filiaux, mais aussi en persuadant que l'obéissance en soi est une vertu (attirant d'ailleurs maintes récompenses) et la désobéissance un travers (conduisant du reste à toutes sortes de malheurs et de châtiments). On disait même quelquefois, sous l'Ancien Régime, « ordonner sous peine de désobéissance »; sans doute est-ce là un raccourci pour désigner des sanctions mais l'expression ne laisse-t-elle pas entendre que la désobéissance est déjà un mal en soi? Parmi d'autres signes de l'exigence d'un respect absolu pour l'autorité, perceptibles dans le langage, il faut aussi rappeler qu'on s'exprime souvent comme s'il existait une disposition souhaitable des choses qui s'appelât l'ordre tout court, cependant que désobéissance et méfaits sont fréquemment confondus sous l'appellation commune de « désordres ». Le seul esprit d'examen est déjà suspect quand il s'applique aux recommandations du pouvoir. Tel est peut-être le sens profond de ce propos attribué à l'empereur Ferdinand II, qu'« on ne réclame la liberté de conscience que pour attenter à la puissance souveraine ». La maxime paraît générale, bien qu'en l'occurrence elle vise les sujets protestants d'un souverain catholique, prétendant conserver

leur religion malgré lui. Religion dont Joseph de Maistre écrira plus tard qu'elle « n'est point seulement une hérésie religieuse, mais une hérésie civile, parce qu'en affranchissant le peuple du joug de l'obéissance et en lui accordant la liberté religieuse, elle déchaîne l'orgueil général contre l'autorité, et met la discussion à la place de l'obéissance ». On ne sait trop si c'est en père ou en roi que Mithridate rappelle à Pharnace, au lieu d'écouter ses objections : « *Ma volonté, prince, vous doit suffire. Obéissez. C'est trop vous le faire redire* » ... Frédéric-Guillaume I^{er} le disait en prose : « *Nicht raisonnieren* », coupait-il volontiers, en roi de Prusse comme en père. L'habitude prise par certains d'expliquer à leurs enfants les décisions qu'ils leur notifient n'est souvent elle-même qu'une modalité de ce conditionnement. Elle ne signifie pas nécessairement que l'insoumission soit tolérée. On sait du reste à quels inconvénients s'exposent ceux qui souffrent celle-ci. Ce n'est pas recommander de les imiter, que de constater la profondeur des marques laissées par un respect absolu pour l'autorité dans certaines des mentalités où on l'a imprimé pendant un temps assez long.

Si incomplètes qu'elles soient, les remarques qui précèdent permettent de se demander s'il n'y aurait pas quelque inconvénient à divulguer largement une théorie du pouvoir qui se voudrait exclusivement scientifique. Ne serait-il pas imprudent d'aider les gens à prendre conscience des moyens que le pouvoir crée, entretient et emploie souvent, parfois sans s'en rendre compte lui-même, afin que sa volonté soit faite ? Une telle connaissance n'armerait-elle pas la résistance à toute autorité même bienfaisante, n'énervait-elle pas toute organisation même nécessaire, ne réduirait-elle pas à l'impuissance tout pouvoir, même ce minimum de pouvoir sans lequel la vie en société, déjà fragile, deviendrait impossible ? N'en serait-ce pas fait de toute discipline, de toute sécurité ? A montrer les abus peut-être inévitables d'une autorité nécessaire, ne permet-on pas aux moins dignes de discuter à tort et à travers des instructions les plus raisonnables ? S'il en était ainsi, la seule révélation des ressorts de l'autorité ne pourrait-elle constituer une bien inquiétante subversion ? Même, ne vaut-il pas mieux laisser les notions de règle, de norme ou de commandement dans le vague, où elles conservent une valeur persuasive, plutôt que de les décomposer par l'analyse ? Et à force, en un mot, de disputer au sujet de

la notion d'ordre, ne risque-t-on pas d'apprendre un peu trop à discuter les ordres ?

On pourrait répondre que, certes, quelques esprits vouent à l'autorité un irrespect systématique (rejoignant en leur simplicité les esprits portés à son respect inconditionnel). Pour eux, c'est assez qu'elle se manifeste pour qu'elle ait tort et qu'il faille prendre le contre-pied de ce qu'elle recommande. C'est le culte de la liberté en soi, de toute licence, quelque usage qu'on en fasse. Mais nos remarques sur le pouvoir n'impliquent pas qu'il faille nécessairement regarder celui-ci comme un mal. Constaté le règne de la force n'équivaut pas à dénoncer le règne du mal. Douter que le droit soit juste par essence n'est pas affirmer que tout droit soit immanquablement l'outil d'une exploitation, incorrigiblement au service d'une oppression. Qui applique à l'autorité un esprit d'examen ne s'oppose pas à l'autorité comme telle, où qu'elle soit. Il est vrai qu'en se répandant, une théorie du pouvoir sous ses formes diverses pourrait gêner celui-ci de façon indirecte en ce qu'elle révélerait combien il nous fait voir avec ses yeux toutes choses, et premièrement lui-même. Beaucoup seraient peut-être portés par là à ne jamais le juger, fût-ce en bien, sans avoir soumis un à un ses actes à des vérifications, à une critique, à un contrôle qui risquent de limiter leur efficacité, d'autant plus que les mécanismes institués pour contrôler le pouvoir servent souvent moins ses sujets que ses rivaux et que ceux-ci dénoncent ses pratiques en cherchant parfois moins à y mettre fin qu'à se mettre en état d'en user à sa place. Ainsi nous ne contestons pas que l'étude du phénomène autorité risque d'aider à remettre en question ce qui a été posé ; mais on nous permettra une remarque. Une telle étude peut servir une volonté de contrôle, mais comme elle procède d'un esprit général d'examen et non d'un préjugé hostile au pouvoir, elle implique que les libertés prises par les sujets soient remises en question de façon aussi systématique que celles que se permet le pouvoir. S'opposer aux pouvoirs abusifs n'est pas nier qu'il existe des libertés de perdición. La même démarche qui conduit à juger le pouvoir à ses œuvres aboutit à restreindre aussi la liberté lorsque celle-ci sert à exploiter, à brutaliser, à répandre des produits falsifiés, des drogues dangereuses, à gêner, à enlaidir ... pour ne parler ici que des usages nuisibles de la liberté, sans trancher le problème plus délicat posé par l'exercice de celle-ci lorsque, sans nuire à strictement parler, il sert à étaler ou à favoriser la médiocrité.

Si la théorie scientifique du pouvoir était dangereuse, il faudrait sans doute en penser autant du positivisme. Nous avons essayé de montrer que les reproches adressés à l'une et à l'autre du point de vue de l'opportunité n'étaient pas fondés; nous eussions pu nous contenter de redire que ce point de vue est étranger à notre propos. On conviendra peut-être que s'il est une circonstance où démonter les ressorts de l'autorité ne serait pas déplacé, c'est un enseignement universitaire destiné à des étudiants qui se spécialisent, précisément, dans l'étude du droit, œuvre de l'autorité. Ces spécialistes prendraient une responsabilité différente en répandant à leur tour dans le public « profane » des idées dont, vraies ou fausses, ils pourraient penser qu'elles ne sont pas bonnes à dire.

Ceci posé, on ajoutera, à l'intention de qui ne se satisfait pas de chercher une théorie qui soit conforme à la réalité, une raison de penser que le positivisme peut être une conception au moins aussi « bien-faisante » que le jusnaturalisme. On se demande en effet *si la justice trouve mieux son compte à ce que des juristes déploient leurs efforts pour faire croire que le droit en vigueur est nécessairement juste à un certain point, qu'elle ne le trouverait à ce qu'ils travaillent en citoyens, avec la même énergie, à ce que cela soit.*

Table des matières

Avant-propos	9
CHAPITRE I	
Les juristes et la philosophie du droit	15
CHAPITRE II	
Intérêt et difficulté de s'entendre sur la notion même de philosophie du droit	21
CHAPITRE III	
Première précision sur l'objet d'un cours de philosophie du droit, ou première illustration de la difficulté indiquée plus haut : distinction de ce que le droit doit être et de ce qu'il est	23
CHAPITRE IV	
Autre précision quant à l'objet de la philosophie du droit dont nous parlons : elle est centrée sur le droit dit objectif	33
CHAPITRE V	
Parmi les opinions sur la nature du droit, la classification la plus fondamentale du point de vue scientifique paraît celle du jusnaturalisme et du positivisme, pourvu que le sens de ces termes soit précisé d'une certaine façon	35
CHAPITRE VI	
Remarques sur le rôle des notions de nature et de normalité	45
CHAPITRE VII	
Persistance d'une hésitation, dans le monde des juristes et presque chez chacun d'eux, entre positivisme et jusnaturalisme	55
CHAPITRE VIII	
Quand la distinction du positivisme et du jusnaturalisme est simple affaire de mots	59

CHAPITRE IX

Nécessité et difficulté du classement des principaux types de conceptions par rapport à la *summa divisio* - Conceptions localisables et conceptions flottantes 63

CHAPITRE X

Autres précisions quant à la méthode : qu'est-ce que définir le droit ? - Pourquoi il faut partir des acceptions usuelles du terme droit - Corrections nécessaires - Remarques sur l'intérêt de définir 69

CHAPITRE XI

La notion de norme juridique comme simple point de départ 81

CHAPITRE XII

Intérêt de commencer par définir la norme moins la sanction 83

CHAPITRE XIII

La norme juridique contient un vœu 85

CHAPITRE XIV

Il faut et il ne suffit pas, pour être une norme juridique, qu'un vœu soit impératif 93

CHAPITRE XV

Tous les vœux impératifs n'étant pas normes juridiques, lesquels doit-on éliminer pour isoler celles-ci ? - Inutilité des critères touchant à leur contenu; à leur forme; à la qualité de leur auteur - On ne peut se passer de recourir à une notion de sanction 95

CHAPITRE XVI

Précisions sur la notion de sanction comme élément de la norme juridique : il faut qu'une pression entretienne un certain rapport avec le respect du vœu, et qu'elle ait pour instrument une menace de sanction - Cette pression suppose un pouvoir - Elle n'est pas nécessairement organisée par des normes juridiques - Elle est une pression sociale - Elle s'adresse à des êtres en tant qu'ils sont doués de conscience et de volonté 109

CHAPITRE XVII

Corollaires : si toute norme fait une obligation; s'il y a des degrés de juridicité; si une prescription cesse d'être juridique

parce qu'elle est « imposée par le milieu tout entier »; si la loi du plus fort est toujours la meilleure; s'il faut appeler norme juridique l'exigence de n'importe quoi de possible, notifiée par n'importe qui à quiconque se trouve exposé en quelque manière à son pouvoir de fait 127

CHAPITRE XVIII

Norme juridique et corps social 147

CHAPITRE XIX

Norme juridique et ordre juridique 155

CHAPITRE XX

Relations et étanchéité des ordres juridiques 165

CHAPITRE XXI

Droit et connaissance - Application et interprétation - Le rôle de juriste - Influence des juristes, notamment sur la représentation du droit 177

CHAPITRE XXII

Le jusnaturalisme et le positivisme considérés sous l'angle de leur utilité - Rencontre de ces conceptions avec les sentiments que le pouvoir inspire - Parmi les causes de tels sentiments, certains moyens dont l'autorité use pour se faire respecter. Examen d'une dernière opinion : qu'il pourrait être dangereux de mettre en lumière les ressorts du pouvoir et du droit, ainsi que les moyens dont ceux-ci disposent pour se maintenir sans respecter intégralement la justice 203

ÉDITIONS DE LA COLLECTION SCIENTIFIQUE
DE LA FACULTÉ DE DROIT DE LIÈGE

- Jacques HANSENNE, *Les Biens* (2 tomes) (1996), 6.250 F.
- Franklin DEHOUSSE, *Introduction au droit public* (1995), 2.100 F.
- L'entreprise en difficulté : vers un nouveau droit (1995) C.D.V.A., 1.450 F.
- Rapport de la Commission pour le droit de la procédure pénale remanié après consultations (1995), 350 F.
- Pascal LECLERC, *La protection juridique des circuits intégrés en Europe* (1995), 1.350 F.
- Nouvelles orientations en droit comptable (1994), C.D.V.A., (2.700 F.)
- Seize leçons sur le droit de travail (1994), 1.450 F.
- Rapport de la commission pour le droit de la procédure pénale (1994), 300 F.
- Paul LEWALLE, *Le référé administratif* (1993), 1.220 F.
- Georges de LEVAL, *Institutions judiciaires. Introduction au droit judiciaire privé* (2^e éd., 1993), 2.400 F.
- Répertoire pratique de l'arbitrage commercial international (ouvrage publié avec le concours de l'A.C.C.T.) (1992), 2.700 F.
- Le nouveau droit des sociétés (S.A. et S.P.R.L.) — Droit transitoire — Questions pratiques et modifications statutaires (1992), C.D.V.A., 1.250 F.
- Jacques CLESSE, *Congé et contrat de travail* (1992), 1.250 F.
- Paul DELNOY, *Les libéralités et les successions* (1991), 1.620 F.
- Georges KELLENS, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales - La mesure de la peine* (1990), 1.350 F.
- Michel FRANCHIMONT, Ann JACOB, Andrien MASSET, *Manuel de procédure pénale* (1989), 4.750 F.
- Georges de LEVAL, *Traité des saisies* (1988), 3.600 F. (épuisé)
- Albert FETTWEIS, *Manuel de la procédure civile*, 2^e éd. (1987). (épuisé)
- Micheline JAMOULLE, *Le contrat de travail* :
- Tome 1 : 1982, 2^e tirage (1987), 1.800 F.
- Tome 2 : (1986), 2.100 F.
- René JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes* :
- Le contentieux : 1981, 2^e tirage (1986), 1.750 F.
- Les sources, les institutions, les rapports entre ordres juridiques : 1983, 2^e tirage (1986), 1.750 F.
- Pierre-Louis BODSON, *L'individualisation de l'incrimination pénale* (1985), 850 F.
- Simone DAVID-CONSTANT, *Textes choisis* (1984), 1.500 F.
- Michèle VANWUCK-ALEXANDRE, *Aspect nouveaux de la protection du créancier à terme* (1982), 1.550 F.

Claude RENARD, *Textes choisis* (1980), 1.000 F.

Roger VIGNERON, *Offerre aut deponere* (1979), 800 F.

Lucien FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit* (1978), 550 F.

Paul GRAULICH, *Introduction à l'étude du droit international privé* (1978), 400 F.

Micheline JAMOULLE et Francis JADOT, *Licenciement et démission pour motif grave* (1977), 850 F.

Jean-Claude SCHOLSEM, *La T.V.A. européenne face au phénomène immobilier* (1976), 1.350 F.

Paul DELNOY, *Politique agricole des structures et régimes juridiques d'exploitation du facteur terre* (1975), 1.000 F.

Alphonse KOHL, *Procès civil et sincérité* (1971), 400 F. (épuisé)

Jacques HANSENNE, *La servitude collective* (1969), 900 F.

COLLECTION SCIENTIFIQUE DE LA FACULTÉ DE DROIT
Boulevard du Rectorat 7 — 4000 LIÈGE — Bureau R. 6
Tél. 041/66.30.05 — Fax 041/66.28.03

Achévé d'imprimer sur les presses
de l'imprimerie CLARTÉ, Rue des Pontons 27 - 4032 Chênée